المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٦٢٠هـ
على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي

ويليه

الشرح الكبير

لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد
ابن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٨٢هـ
وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تحقيق

الدكتور محمد شرف الدين خطاب
رئيس قسم الشريعة بجامعة المنيا

الدكتور السيد محمد السيد
الأستاذ سيد إبراهيم صادق

الجزء السابع

دار الحديث
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المُغْنِي

وَيَلِيه

الشَّرْحُ الكَبِيرُ

اسم الكتاب : المغني

اسم المؤلف : ابن قدامة المقدسي

اسم المحقق : د محمد شرف الدين ، د السيد محمد السيد

القطع : ١٧×٢٤سم

عدد المجلدات : ١٤ مجلداً + ٢ فهارس

سنة الطبع : ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

رقم الإيداع : ٩٦٣٣ / ١٩٩٥م

الترقيم الدولى : ٢ - ٠٦٨ - ٥٢٢٧ - ٩٧٧

دار الحديث

طبع . نشر . توزيع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون ٥١١٣٠٣٦ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ / فاكس ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـــاب العاريـــة

مسألة: قال: (والعارية مضمونة وإن لم يتعدَّ فيها المستعير).

العـارية: إباحة الانتفاع بيعن من أعيان المال، مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء، منه قيل للبطال: عَيَّار لتردده فى بطالته، والعـرب تقول: أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ (الماعون: ٥) روى عن ابن عباس وابن مـسعود أنهما قالا: العـوارى، وفسرها ابن مسعود فـقال: القِدر والميـزان والدلو، وأما السنة فما روى عن الـنبى ﷺ أنه قال فى خطبة عام حـجة الوداع: «العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعـيم غارم» أخرجه الترمذى، وقال: حديث حـسن غـريب[١]، وروى صفوان بن أمـية أن النبى ﷺ استعار منه أدْرُعًـا يوم حنين فقال أغصبًا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود[٢].

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبـابها، لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة

كتـــاب العاريـــة

وهى مشتقـة من عار الشىء إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطال: عيـار، لتردده فى بطالته، والعرب تقول: أعـاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهى إبـاحة الانتفاع بعين من أعـيان المال، والأصل فيها: الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ روى عن ابن عباس وابن مسعود قالا: العوارى، وفسـرها ابن مسعود قال: القِدر والميزان والدلو، وأما السنة فروى عن النبى ﷺ أنه قال فى خطبتـه فى حجة الوداع: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعـيم غارم» قال الترمذى: حديث حـسن غريب، وروى صفوان بن أميـة أن النبى ﷺ استعـار منه أدرعًا يوم حنين فقـال: أغصبًا يا مـحمد؟ قـال: «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود.

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة

---

(١) أخـرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٥) والتـرمذى (٣/ ح ١٢٦٥) وابـن ماجـه (٢/ ح ٢٣٩٩) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٢٦٧، ٢٩٣) وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٢) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٠١) (٦/ ٤٦٥) والبيهقى فى السنن (٦/ ٨٩) وإسناده ضعيف، لكن للحديث شواهد تقربه إلى درجة الصحة، انظر الصحيحة (٦٣١).

المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعًا، إذا ثبت هذا: فإن العارية مندوب إليها وليست واجبة فى قول أكثر أهل العلم، وقيل: هى واجبة للآية ولما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال: «ما من صاحب إبل لا يؤدى حقها...» الحديث، قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها»(٣) فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر فى خبره.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»(٤) رواه ابن المنذر، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «ليس فى المال حق سوى الزكاة»(٥) وفى حديث الأعرابى الذى سأل رسول الله ﷺ: ماذا فرض الله علىَّ من الصدقة؟ قال: «الزكاة» فقال: هل علىَّ غيرها؟ قال: «لا إلا أن تطوع شيئًا»(٦) أو كما قال، والآية فسرها ابن عمر والحسن البصرى بالزكاة، وكذلك زيد بن أسلم، وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل: إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون، ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها إن كانت

المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعًا، وهى مندوب إليها غير واجبة فى قول أكثر أهل العلم، وقيل: هى واجبة للآية، ولما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «ما من صاحب إبل لا يؤدى حقها...» الحديث، قيل: يا رسول الله، وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم ورودها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكره فى خبره.

ولنا قول النبى ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «ليس فى المال حق سوى الزكاة» وفى حديث الأعرابى الذى سأل النبى ﷺ ماذا فرض الله علىَّ من الصدقة؟ قال: الزكاة، قال: هل على غيرها؟ قال: «لا، إلا أن تتطوع شيئًا» أو كما قال، والآية فسرها ابن عمر والحسن بالزكاة، وكذلك زيد بن أسلم، وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل: إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون.

---

(٣) أخرجه مسلم (٢/ زكاة/ ٦٨٤، ٦٨٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٢١) والنسائى (٥/ ح ٢٤٥٣) والدارمى (١/ ح ١٦١٦) وعبد الرزاق فى مصنفه (٤/ ح ٦٨٥٨) من طريق أبى هريرة.

(٤) أخرجه الترمذى (٣/ ح ٦١٨) وابن ماجه (١/ ح ١٧٨٨) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب، وإسناده ضعيف.

(٥) أخرجه ابن ماجه (١/ ح ١٧٨٩) وذكره ابن كثير فى تفسيره (٤/ ٤٢٩) وإسناده ضعيف، وذكره ابن حجر فى تلخيص الحبير (٢/ ١٥٧) وقال: قال البيهقى: تفرد أصحابنا فى تعاليقهم بإيراد الحديث، ولست أحفظ له إسنادًا. اهـ. وانظر ضعيف الجامع (٤٩١٢).

(٦) أخرجه البخارى (١/ ح ٤٦/ فتح) ومسلم (١/ إيمان/ ٤٠ - ٤١/ ح ٨) وأبو داود (١/ ح ٣٩١، ٣٩٢) والترمذى (٣/ ح ٦١٨) والنسائى (١/ ح ٤٥٧) والبيهقى (١/ ٣٦١) وابن خزيمة (٢/ ح١٠٦٦).

تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد، روى ذلك ابن عباس وأبى هريرة، وإليه ذهب عطاء والشافعى وإسحاق، وقال الحسن والنخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو حنيفة ومالك والأوزاعى وابن شبرمة: هى أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدى، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبى ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المُغِلِّ (*) ضمان»(٧) ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا: وقول النبى ﷺ: «العارية مؤداة» يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٥٨).

ولنا: قول النبى ﷺ فى حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وروى الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٨) رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن غريب، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردًا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن فى الإتلاف، فكان مضمونًا كالغاصب، والمأخوذ على وجه السَّوْم، وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان، قاله الدارقطنى، ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السَّوْم.

فصل: وإن شرط نفى الضمان لم يسقط، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حفص العكبرى: يسقط، قال أبو الخطاب: أومأ إليه أحمد، وهو قول قتادة والعنبرى، لأنه لو أذن فى إتلافها لم يجب ضمانها، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها، وقيل: بل مذهب قتادة والعنبرى، أنها لا تُضمن إلا أن يشترط ضمانها، فيجب لقول النبى ﷺ لصفوان: «بل عارية مضمونة».

ولنا: أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، وما اقتضى الأمانة، فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة، والذى كان من النبى ﷺ إخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن فى الإتلاف، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه، ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجبًا للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفى للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه.

فصل: وإذا انتفع بها وردها على صفتها، فلا شىء عليه، لأن المنافع مأذون فى إتلافها، فلا يجب عوضها، وإن تلف شىء من أجزائها التى لا تذهب بالاستعمال، فعليه ضمانها، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب، وأما أجزاؤها التى تذهب بالاستعمال كخمل

(*) المغل: الخائن.

(٧) أخرجه البيهقى (٦/ ٩١) والدارقطنى (٣/ ٤١/ ح ١٦٨) وعبد الرزاق فى مصنفه (٨/ ح ١٤٧٨٢) وضعفه البيهقى وصحح وقفه على شريح.

(٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦١) والترمذى (٣/ ح ١٢٦٦) وابن ماجه (٢/ ٢٤٠٠) وأحمد فى مسنده (٥/ ٨، ١٢) والدارمى (٢/ ح ٢٥٩٦) والحاكم (٢/ ٤٧) وقال الألبانى: ضعيف.

المنشفة[٩] والقطيفة وخف الثوب يلبسه ففيه وجهان: **أحدهما:** يجب ضمانه، لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة، ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء، **والثانى:** لا يضمنها ، وهو قول الشافعى، لأن الإذن فى الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن فى إتلافها صريحًا، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين، ولأنه إنما أذن فى إتلافها على وجه الانتفاع، فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فاتت[١٠] على غير الوجه الذى أذن فيه فضمنها، كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال، فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونًا فى إتلافها، فلا يجوز تقويمها عليه، وإن قلنا: يجب ضمان الأجزاء قُوِّمت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوبًا ليلبسه فحمل فيه ترابًا، فإنه يضمن نقصه ومنافعه، لأنه تلف بتعدِّيه، وإن تلف بغير تَعَدٍّ منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغى أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها، لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال، لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه.

فصل: فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه فى أحد الوجهين، لأنه لم يدخل فى الإعارة فلم يدخل فى الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبه الوديعة، ويضمنه فى الآخر، لأنه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المغصوبة، والأول أصح، فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبًا، وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه، وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوبًا فلا أثر لكونه ولدًا لها.

فصل: ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، فإن لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها إلا على الوجه الذى فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها، إن كانت قيمتها حينئذ أكثر، وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعًا.

فصل: وإن كانت العين باقية فعلى المستعير ردُّها إلى المعير أو وكيله فى قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها، وإن ردها إلى المكان الذى أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من

(٩) كخمل المنشفة: الخمل، مجزوم: هدب القطيفة ونحوها مما ينسج وتفضل له فضول كخمل الطنفسة، وقد أخمله. اهـ.

(١٠) فى المطبوعة: تلفت.

ضمانها، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة، فإن رد العوارى فى العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذونًا فيه من طريق العادة.

ولنا: أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبى، وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التى ذكرها، وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة فى ماله ورد الدابة إلى سائسها، فقياس المذهب أنه يبرأ، قاله القاضى، لأن أحمد قال فى الوديعة: إذا سلمها المودع إلى امرأته: لم يضمنها، ولأنه مأذون فى ذلك عرفًا أشبه ما لو أذن فيه نطقًا، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبى ﷺ: «العارية مؤداة» وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها إلى الموضع الذى أخذها منه إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره لأن ما وجب رده لزم رده إلى موضعه كالمغصوب.

فصل: ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف لأنه تصرف فى المال فأشبه التصرف بالبيع، وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله: أعرتك هذا، أو يدفع إليه شيئًا ويقول: أبحتك الانتفاع به، أو خذ هذا فانتفع به، أو يقول: أعرنى هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه ويسلمه إليه، وأشباه هذا، لأنه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف.

فصل: ولا تجوز إلا من جائز التصرف، لأنه تصرف فى المال أشبه البيع، وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها، كقوله: أعرتك هذا، أو يدفع إليه شيئًا، ويقول: أبحتك الانتفاع به، أو خذ هذا فانتفع به، أو يقول: أعرنى هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه، إليه وأشباه هذا، لأنه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف.

١- **مسألة:** (وهى هبة منفعة تجوز فى كل المنافع إلا منافع البضع).

تجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعبيد والجوارى والدواب والثياب والحلى للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك، لأن النبى ﷺ استعار أدرعًا، وذكر إعارة دلوها وفحلها، وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان، فثبت الحكم فى هذه الأشياء، وما عداها يقاس عليها إذا كان فى معناها، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب، ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن، فإن استعارها لينفقها فهو قرض، وهذا قول أصحاب الرأى، وقيل: لا يجوز ذلك ولا تكون العارية فى الدنانير، وليس له أن يشترى بها شيئًا.

ولنا أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به، كما لو صرح به، فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالإباحة إجماعًا، وإنما يباح بأحد شيئين: الزوجية وملك اليمين، قال الله

فصل: وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام ، كالدور والعقار والعبيد والجوارى والدواب والثياب والحلى للبس والفحل للضراب والكلب للصيد، وغير ذلك، لأن النبى ﷺ استعار أدرعًا، وذكر إعارة دلوها وفحلها، وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم فى هذه الأشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان فى معناها، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب، ولأنها أعيان تجوز إجارتها فجازت إعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض، وهذا قول أصحاب الرأى، وقيل: ليس هذا جائزًا، ولا تكون العارية فى الدنانير، وليس له أن يشترى بها شيئًا.

ولنا: أن هذا معنى القرض، فانعقد القرض به كما لو صرح به.

فصل: ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر ، لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه، فلم تجز إعارته لذلك ولا إعارة الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له إمساكه، ولا إعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها، وإنا كان يخلو بها، أو ينظر إليها لأنه لا يؤمن عليها، وتجوز إعارتها لامرأة ولذى محرمها، ولا تجوز إعارة العين لنفع محرم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصى الله تعالى فيها، ولا إعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها،أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته، لأنه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك.

فصل: وتجوز الإعارة مطلقًا ومقيدًا ، لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام، ولأن

سبحانه: ﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ⑤ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ⑥ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ** ﴾ (المؤمنون: ٥ - ٧) ولأن منافع البضع لو أبيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا، لأن الزانية تبذل نفعها له والزانى مثلها.

2- **مسألة: (ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر)** .

لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عاريته لذلك ولا تجوز إعارة الصيد لمحرم، لأنه لا يجوز له إمساكه.

3- **مسألة: (ويكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها)** .

إن كان يخلو بها وينظر إليها، لأنه لا يؤمن عليها، فإن كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس، لأنها لا يشتهى مثلها، وتجوز إعارتها لامرأة ولذى محرمها لعدم ذلك، ولا تجوز إعارة العين لنفع محرم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يعصى الله تعالى فيها، ولا إعارة عبد للزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها إليه أو يعصرها ونحو ذلك، لأنه إعانة على المحرم.

4- **مسألة: (واستعارة والديه للخدمة)** .

لأنه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك.

الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة، فإذا أعاره شيئًا مطلقًا أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مستعد له من الانتفاع به، فإذا أعاره أرضًا مطلقًا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ما هى معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لأن ضررهما أكثر فلم يكن الإذن فى القليل إذنًا فى الكثير وإن استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر، لأن ضررهما مختلف فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض لانتشار العروق فيها وضرر البناء فى ظاهرها، فلم يكن الإذن فى أحدهما إذنًا فى الآخر، وإن استعارها لزرع الحنطة، فله زرعها وزرع ما هو أقل ضررًا منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه، وليس له زرع ما هو أكثر ضررًا منه كالذرة والدخن والقطن، لأن ضرره أكثر، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه، وسنذكر فى الإجارة تفصيل ذلك ـ إن شاء الله تعالى ـ وإن أذن له فى زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها، وإن أذن له فى غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى، وكذلك إن أذن له فى وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى، لأن الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه.

5- مسألة: (وللمعير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن فى شغلها بشيء يستضر المستعير برجوعه).

تجوز العارية مطلقة ومؤقتة، لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام، وللمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت، وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها فى مثلها، لأن المعير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين فى يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر.

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل فى يده فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين فى يده، ولأن المنافع إنما تستوفى شيئًا فشيئًا، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذى لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصى الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع، لأن التبرع من غيرهم، وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسألتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه، لأنه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كإباحة الطعام.

6- مسألة: (فإن أذن له فى شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه فيه لم يجز له الرجوع).

فـصل: وإن استعار شيئًا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده، وليس له أن يؤجره، لأنه لم يملك المنافع، فلا يصح أن يملكها، ولا نعلم فى هذا خلافًا ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه، وليس له أن يعيره غيره، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقالوا فى الآخر: له ذلك، وهو قول أبى حنيفة، لأنه يملكه على حسب ما ملكه، فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأى: إذا استعار ثوبًا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليه.

ولنا: أن العارية إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام، وفارق الإجارة، لأنه ملك الانتفاع على كل وجه، فملك أن يملكها، وفى العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له، فأشبه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل، وله أن يطالب من شاء منهما، لأن الأول سلطه(*) غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، والثانى استوفاه بغير إذنه، فإن ضمن الأول رجع على الثانى، لأن الاستيفاء

لما فيه من إضرار بالمستعير، مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه أو لوحًا يرقع به سفينة فرقعها به ولجج فى البحر لم يجز الرجوع ما دامت فى لجة البحر لذلك، وله الرجوع قبل دخولها فى البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر.

7- **مسألة:** (وإن أعاره أرضًا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت).

وله الرجوع فيها قبل الدفن، وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رميمًا، قاله ابن البنا.

8- **مسألة:** (وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه).

إذا أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه جاز، كما تجوز إعارة الأرض للغراس والبناء، وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه، لأنه لا ضرر عليه فيه، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما فى ذلك من هدم البناء، وإن قال: أنا أدفع إليك ما ينقص بالقلع، لم يلزم المستعير ذلك، لأنه إذا قلعه انقلع ما فى ملك المستعير منه، ولا يجب على المستعير قلع شىء من ملكه بضمان القيمة.

9- **مسألة:** (وإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده).

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها، لأن العارية لا تلزم، وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون فى وضعه، وقد زال ذلك بانهدامه، وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره، وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله.

(*) فى المطبوعة: «سلط».

حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثانى لم يعلم بحقيقة الحال، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول، لأنه غر الثانى ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض، وإن تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى، وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد.

فصل: وإن أعاره شيئًا وأذن له فى إجارته مدة معلومة، أو فى إعارته مطلقًا أو مدة جاز، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه، وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضى، لأن عقد الإجارة لازم، وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر، لأن عقد الإجارة لا يوجب ضمانًا ، وإن أجره بغير إذن لم تصح الإجارة، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا فى العارية.

فصل: ويجوز أن يستعير عبدًا يرهنه، قال ابن المنذر(١١): أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئًا يرهنه عند رجل على شىء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته، فصح كسائر العوارى ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه، لأن العارية لا يعتبر فيها العلم، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى، وقال الشافعى: يعتبر ذلك، لأن الضرر يختلف بذلك.

10- مسألة: (وإن أعاره أرضًا للزرع لم يرجع إلى الحصاد إلا أن يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده).

إذا أعاره أرضًا للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهى الزرع، فإن بذل المعير له قيمة الزرع ليملكه فلم يكن له ذلك، نص عليه أحمد، لأن له وقتًا ينتهى إليه، فإن كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع فى وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه.

11- مسألة: (وإن أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع فى وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع).

لقول النبى ﷺ : «المؤمنون على شروطهم»(1) حديث صحيح، ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد، لأن المستعير دخل فى العارية راضيًا بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، فأما تسوية الحفر فإن كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزمه، لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع.

---

(١١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٠، رقم ٥٢٦).

(1) أخرجه البخارى معلقًا: (٤/ ٥٢٧) بلفظ: «المسلمون على شروطهم» وأبو داود (٣/ ٣٥٩٤) وإسناده صحيح.

ولنا: أنها عارية لجنس من النفع، فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع، ولا يصير المعير ضامنًا للدين، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يصير ضامنًا له فى رقبة عبده، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هٰهنا للمالك، فدل على أنه ضمان.

ولنا: أنه أعاره ليقضى منه حاجته فلمْ يكن ضامنًا كسائر العوارى، وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه، وما عداه من النفع فهو لمالك العين، وإن عين المعين قدر الدين الذى يرهنه به وجنسه أو محلاً تعين لأن العارية تتعين بالتعيين، فإن خالفه فى الجنس لم يصح، لأنه عقد لم يأذن له فيه، أشبه ما لو لم يأذن فى رهنه، وكذلك إذا أذن له فى محل فخالفه فيه، لأنه إذا أذن له فى رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به فى الحال، وإن أذن فى رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل لم يصح، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح، لأن من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه، وإن رهنه بأنقص منه جاز، لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفًا، فأشبه من أمر بشراء شىء بثمن فاشتراه بدونه، وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن فى الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل، لأن للمعير الرجوع فى العارية متى شاء، وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه فى الدين، لأن ذلك مقتضى الرهن، فإذا بيع فى الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته، لأن العارية تضمن بقيمتها، وإن تلف بغير تفريط فلا شىء على المرتهن، لأن الرهن

12- مسألة: (وإن لم يشترط لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص).

فإذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه، فإن ضمن له النقص لزمه، لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار، فإن قلع فعليه تسوية الأرض، وكذلك إن اختار أخذ بنائه وغراسه، فإنه يملكه فملك نقله، لأن القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلعه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع إذا أخذ غرسه، وقال القاضى: لا يلزمه ذلك، لأن المعير رضى بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه الذى لا يمكن إلا بالحفر.

13- مسألة: (فإن أبى القلع فى الحال التى لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة الغراس والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه).

كالشفيع مع المشترى والمؤجر مع المستأجر، فإن قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لى، لم يلزم المعير، لأن الغراس والبناء تابع والأرض أصل، ولذلك يتبعها الغراس والبناء فى البيع ولا تتبعهما، وبهذا كله قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع قبل انقضائها، لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه.

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان، كما

لا يضمن من غير تعد، وإن استعار عبدًا من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج، لأنه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد.

فصل: وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة ، لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام، وللمعير الرجوع فى العارية أى وقت شاء، سواء كانت مطلقة أو مؤقتة، ما لم يأذن فى شغله بشىء يتضرر بالرجوع فيه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت، وإن لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها فى مثلها، لأن المعير قد ملكه المنفعة فى مدة وصارت العين فى يده بعقد مباح، فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر.

ولنا: أن المنافع المستقبلة لم تحصل فى يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين فى يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصى الرجوع، ولم يملك الورثة الرجوع، لأن التبرع من غيرهم، وأما المستأجر فإنه مملوك بعقد معاوضة فيلزم، بخلاف مسألتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه، لأنه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كإباحة الطعام.

فصل: وإذا أطلق المدة فى العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع ، وإن وقَّتها فله أن ينتفع

لو طالبه قبل انقضاء الوقت، وقولهم: لم يعره، ممنوع، فإن الغراس والبناء يراد للتبقية، وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال: لا تغرس بعد هذه المدة.

14- مسألة: (فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر لم يقلع) .

لأن العارية تقتضى الانتفاع بغير ضمان والإذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضى بالإبقاء، ولأن قول النبى ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»(2) مفهومه أن العرق الذى ليس بظالم له حق، فبعد ذلك إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها وبنائها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه، فيقال: كم قيمة الأرض بلا غراس ولا بناء، **فإذا قيل**: عشرة، **قلنا**: وكم تساوى مغروسة مبنية، فإن قالوا: خمسة عشر، فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه.

15- مسألة: (وإن أبيا البيع ترك بحاله) .

وقلنا لهما: انصرفا فلا حكم لكما عندنا.

16- مسألة: (وللمعير التصرف فى أرضه على وجه لا يضر بالشجر) .

وجملته أن للمعير التصرف فى أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء، ولا ينتفع بهما، وللمستعير الدخول للسقى والإصلاح وأخذ الثمرة، وليس له

---

(2) أخرجه البخارى معلقًا: (٥/ ٢٣) بلفظ: «ليس لعرق ظالم فيه حق» وأبو داود (٣/ ٣٠٧٣) والترمذى (٣/ ١٣٧٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٩، ١٤٢، ١٤٣).

ما لم يرجع أو ينقضى الوقت، لأنه استباح ذلك بالإذن ففيما عدا محل الإذن يبقى على أصل التحريم، فإن كان المعار أرضًا لم يكن له أن يغرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع، فإن فعل شيئًا من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه، وحكمه حكم الغاصب فى ذلك لقول النبى ﷺ: «ليس لِعِرقٍ ظالم حق»(١٢) وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان، ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان.

فصل: فإن أعاره شيئًا لينتفع به انتفاعًا يلزم من الرجوع فى العارية فى أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع، لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الإضرار به، مثل أن يعيره لوحًا يرقع به سفينته فرقعها به ولَجَّجَ بها فى البحر لم يجز الرجوع ما دامت فى البحر، وله الرجوع قبل دخولها فى البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضًا ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت، وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس، وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه، لأنه لا ضرر فيه، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما فى ذلك من هدم البناء، وإن قال: أنا أدفع إليك أرش ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك، لأنه إذا قلعه انقلع ما فى ملك المستعير منه، ولا يجب على المستعير قلع شىء من ملكه

الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه، لأنه قد رجع فى الإذن له، ولأن الإذن فى الغرس إذن فيما يعود بصلاحه، ولكل واحد منهما بيع ما يختص به مع الملك ومنفردًا فيقوم المشترى مقام البائع، وقال بعض الشافعية: ليس للمستعير البيع، لأن ملكه فى الشجر والبناء غير مستقر، لأن للمعير أخذه منه متى شاء بقيمته، قلنا: عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول.

17- **مسألة: (ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين الرجوع فى هذه المسائل).**

إلا فيما إذا استعار أرضًا فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه أجر مثلها من حين الرجوع، لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع القلع لما فيه من الضرر، ففى دفع الأجر جمع بين الحقين، فيخرج فى سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر أنه لا يجب الأجر فى شىء من المواضع، لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها، والإعارة تقتضى الانتفاع.

18- **مسألة: (وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب، يأتى حكمه).**

العارية تنقسم قسمين: مطلقة، ومؤقتة تبيح الانتفاع ما لم ينقض الوقت، لأنه استباح ذلك بالإذن، ففيما عدا محل الإذن يبقى على أصل المنع، فإن كان المعار أرضًا لم يكن له

---

(١٢) أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ص٢٣) بلفظ: «ليس لعرق ظالم فيه حق» وأبو داود (٣/ ٧٣ ٣٠٧٣) والترمذى (٣/ ١٣٧٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٩، ١٤٢، ١٤٣).

بضمان القـيمة، وإن انهدم الحـائط وزال الخشب عنه، أو أزاله المسـتعير باختـيار لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها، لأن العارية لا تلزم، وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه، لما فـيه من الضـرر بالمستـعيـر بإزالة المأذون فى وضعـه وقد زال ذلك، وكـذلك إذا سقط الخشب والحـائط بحاله، وإن أعـاره أرضًا لزراعـة شىء فله الرجوع ما لـم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهى الزرع، فـإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك، نص عليه أحمد، لأن له وقتـا ينتهى إليه، فإن كان مما يحصد قـصيلاً فله الرجوع فى وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيـه، وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهى، وإن أذن له فى البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه، فـإذا غرس وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه فى الرجوع منه، فأشبه ما لو لم يبن فى الأرض شيئًا ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله، ويلزمه تسوية الحفر، ذكره القاضى، لأن المستعير رضى بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسـه، ويحتمل أن عليه تسـوية الحفر لأن القلع باختـيار فإنه لو امتنع منه لـم يجبر عليه، فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التى لم يستعرها، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائمًا ليأخذه المـعير أجبر المستعير عليه، لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار، وإن قال المستعـير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لى، لم يكن له، لأن الغراس تابع والأرض أصل، ولذلك يتبعها الغراس والبناء فى البـيع ولا تتبعهما وبهذا كله قال الشافعى، وقال أبو حنيـفة ومالك: يطالب المستعير بالقلع من غـير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه.

أن يغرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع، فإن فعل شيئًا من ذلك فهو غاصب، يأتى حكمه فى باب الغصب.

فـصل: يجوز أن يستـعير دابة ليركبهـا إلى موضع معلوم، لأن إجارتها جـائزة والإعارة أوسع، لجوازها فيما لا تجوز إجارته، كالكلب للصيد، فإن استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى، وعليه أجر المثل للزائد خاصة، وإن اختلفـا فقال المالك: أعرتكها إلى فرسخ، وقال المسـتعير: إلى فـرسخين، فالقـول قول المالك، وبه قـال الشافعى وأصحـاب الرأى، وقال مالك: إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان.

ولنا: أن المـالك مدعى عليـه فكان القول قـوله لقـول النبى ﷺ «ولكن اليمـين على المدعى عليه»(3).

(3) أخرجه البـخارى (٨/ ح ٤٥٥٢/ فتح) بنحوه بدون «لكن» ومسلم (٣/ أقضـية ١٣٣٦/ ح١) والنسائى (٨/ ح ٥٤٤٠) وأبو داود (٣/ ح٣٦١٩) بلفظ: قـضى باليمـين على المدعى علـيه، والتـرمذى (٣/ ح١٣٤٢) بلفظ «إن اليمين على المدعى عليه» وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٢١).

ولنا: أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت، وقولهم: لم يعره، ممنوع فإن الغراس والبناء يراد للتبقية، وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له: لا تغرس بعد هذه المدة، فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير عن القلع ودفع الأجرة لم يقلع، لأن الإعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان، والإذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضًا بالإبقاء، وقول النبى ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» يدل بمفهومه على أن العرق الذى ليس بظالم له حق، فعند ذلك إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه، فيقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية؟ فإذا قيل: عشرة، قلنا: وكم تساوى مغروسة ومبينة؟ فإن قالوا خمسة عشر، قلنا: فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه، وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما، وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما، وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة، مثل السقى وإصلاح الثمرة لأن الإذن فى الغراس إذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع فى الإذن له، ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفردًا فيكون للمشترى مثل ما كان لبائعه، وقال بعض أصحاب الشافعى: ليس للمستعير بيع الشجر، لأن ملكه فيه غير مستقر، بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته، قلنا: عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول، وفى جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك لأن المسلمين على شروطهم، ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد، لأن المستعير دخل فى العارية راضيًا بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع، وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فإن كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم، لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع، ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجرًا فى شىء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضًا للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع، فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير، لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففى دفع الأجر جمع بين الحقين فيخرج فى سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه، ويحتمل أن لا يجب الأجر فى شىء من المواضع، لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإعارة تقتضى الانتفاع بغير عوض.

فصل: وإذا استعار دابة ليركبها جاز، لأن إجارتها لذلك جائزة والإعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز إجارته، مثل إعارة الكلب للصيد، فإن استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الأجرة للزيادة خاصة، فإذا استعارها إلى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين

طبرية والقدس خاصة وإن اختلفا فقال المالك: أعرتكهـا إلى طبرية، وقال المستعير: أعرتنيها إلى القدس، فالقول قول المالك، وبهذا قـال الشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك: إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان.

ولنا: أن المـالك مدعى عليـه فكان القول قـوله لقـول النبى ﷺ: «لكن اليمـين على المدعى عليه» (١٣).

فـصل: ومن استعار شيئًا فانتفع به ثم ظهر مـستحقًا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهمـا، فإن ضمن المستعير رجع على المـعير بما غرم، لأنه غره بذلك وغرمه، لأنه دخل على أن لا أجر له، وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد، فإن الـضمان استقر عليه، قال أحمد فى قـصار دفع ثوبًا إلى غيـر ضاحبه فلبسـه: فالضمان على القـصار دون اللابس، وإن تلف فالقيمة تستقر على المستعيـر، لأنه دخل على أن العين مضمونة عليه، فإن ضمن المعير رجع على المستعيـر وإن ضمن المستعير لم يرجع على أحد، لأن الضمـان استقر عليه، وإن نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص فإن قلنا: هو على المستعير، فحكمه حكم القيمة، وإن قلنا: هو على المعير، فهو كالأجر على ما بيناه.

فـصل: وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضـه إلى أرض غيره فنبت فيهـا لم يجبر على قلعـه، وقال أصحاب الشافعى فى أحـد الوجهين: يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به، لأن ملكه حصل فى ملك غيره بغير إذنه، فأشبـه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره.

ولنا: أن قلعه إتلاف للمـال على ملكه ولم يوجد منه تفريط، ولا يدوم ضرره فـلا يجبر على ذلك، كما لو حـصلت دابته فى دار غيره على وجه لا يمكن خروجـها إلا بقلع الباب أو قتلها، فإننا لا نجبـره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فـإنه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما

19- مـسألة: (وإن حمل السيل بذراً إلى أرض فنبت فيها فـهو لصاحبه، ولا يجبر على قلعه).

وقال أصحاب الشـافعى: يجبر عليه فى أحد الوجـهين إذا طالبه رب الأرض، لأن ملكه حصل فى ملك غيره بغير إذنه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك غيره.

ولنا أن قلعه إتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك، كما لو حصلت دابته فى دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها، فإنه لا يجبر على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة، فإنه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل فى

---

(١٣) أخـرجـه البـخـارى (١ / ح ٤٥٥٢) بـدون «لكـن» ومسلم (٣/ أقـضيـة ١٣٣٦ / ح ١) والنـسائى (٨ / ح ٥٤٤٠) وأبـو داود (٣ / ح ٣٦١٩) بلفـظ: «قـضى باليـمـين على المدعى عليه» والتـرمذى (٣ / ح١٣٤٢) بلفظ: «إن اليمين على المدعى عليه» وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٢١).

يشغل من الهواء فيؤدى أجره، إذا ثبت هذا: فإنه يقر فى الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله، وقال القاضى: ليس عليه أجر، لأنه حصل فى أرض غيره بغير تفريطه، فأشبه ما لو باتت دابته فى أرض إنسان بغير تفريطه، وهذا بعيد، لأن إلزامه تبقية زرع ما أذن فيه فى أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز، كما لو أراد إبقاء بهيمته فى دار غيره عامًا، ويفارق مبيتها، لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها، فإذا تركها اختياراً منه كان راضيًا به بخلاف مسألتنا، ويكون الزرع لمالك البذر، لأنه من عين ماله، ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم الزرع الغاصب على ما سنذكره، لأنه حصل فى أرضه بغير إذنه، فأشبه ما لو زرعه مالكه، والأول أولى لأن هذا بغير عدوان، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه، وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض، لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير، وأما إن كان السيل حمل نوى فنبت شجراً فى أرض غيره كالزيتون والنخيل ونحوه فهو لمالك النوى لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره يدوم فأجبر على إزالته كأغصان الشجرة المنتشرة فى هواء ملك غير مالكها، وإن حمل السيل أرضًا بشجرها فنبتت فى أرض آخر كما كانت فهى لمالكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا، وفى كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التى انتقل إليها

الهواء فيؤدى أجره، إذا ثبت هذه فإنه يقر فى الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله، وقال القاضى: لا أجر عليه، لأنه حصل فى أرض غيره بغير تفريطه، أشبه ما إذا باتت دابته فى أرض إنسان بغير تفريطه، والأول أولى، لأن إلزامه تبقية زرع ما أذن فيه فى أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به، وشغل لملكه بغير اختياره فلم يجز، كما لو أراد إبقاء البهيمة فى دار غيره عامًا، ويفارق مبيتها، لأن ذلك لا يجبر المالك عليه، ولا يمنع من إخراجها، فإذا تركها اختياراً منه كان راضيًا به بخلاف مسألتنا، ويكون الزرع لمالك البذر، لأنه عين ماله، ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته كزرع الغاصب على ما نذكره والأول أولى، لأنه بغير عدوان، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه، وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك، وعليه تسوية الحفر وما نقصت، لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه.

20- مسألة: (وإن حمل السيل نوى غرس رجل فنبت فى أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو لمالك النوى).

لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا، لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة فى هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب؟ على وجهين: أحدهما: يكون كغرس الغاصب، لأنه حصل فى ملك غيره بغير إذنه، الثانى: كغرس الشفيع، لأنه حصل فى ملك غيره بغير تفريط منه ولا عدوان.

لم يلزمه نقله ولا أجـر، ولا غير ذلك، لأنه حصل بغـير تفريطه ولا عدوانه، وكـانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه.

فـــصل: وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب: هى عارية، وقـال المالك: بل اكتريتها، فإن كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد أو بعد مضى مـدة لمثلها أجر، فـإن كان عقـيب العقد فالـقول قول الراكب، لأن الأصل عدم عـقد الإجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة إلى مالكها، لأنها عارية، وكذلك إن ادعى المالك أنها عـارية وقال الراكب: بل اكتريتهـا، فالقول قول المالك مع يمـينه لما ذكرنا، وإن كان الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر فادعى المالك الإجارة فالقول قوله مع يمينه، وحكى ذلك عن مالك وقـال أصحاب الرأى: القول قـول الراكب، وهو منصوص الشافعى، لأنـهما اتفقـا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المـالك عوضًـا لها، والأصل عـدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه، فكان القول قوله.

ولنا: أنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب، فكان القول قول المالك كما لو اختلفا فى عين فقال المالك: بعتكهـا، وقال الآخر: وهبْتنيها، ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى الملك والعـقد عليها، ولو اختلفـا فى الأعيان كان القول قول المـالك كذا هـهنا،

فــصل: وإن حمل السيل أرضًا بشـجرها فنبتت فى أرض آخر كما كـانت فهى لمالكها يجبـر على إزالتـها، كما ذكرنا، وفى كل ذلك إذا ترك صـاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التى انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجره ولا غيره، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الـخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به إن شــاء أخذه لنفسه، وإن شاء قلعه.

فــصل: قــال ﷺ: (وحكـم المستعير فى استيـفاء المنفعة حكم المستأجر) لأنه مـلك التصرف بقول المالك وإذنه فأشبه المستأجر، لأنه ملكه بإذنه فوجب أن يملك ما يقتضيه الإذن كالمستـأجر، فعلى هذا إن أعاره للغراس والبناء فله أن يزرع ما شـاء، وإن استعارها للزرع لم يغرس، ولم يبن، وإن اسـتعارها للغرس أو البـناء ملك المأذون له فيه منهـا دون الآخر، لأن ضررهما مختلف، وكذلك إن استعارها لزرع الحـنطة فله زرع الشعير، وقد ذكرنا ذلك مفصلاً فى الإجارة، وكـذلك إن أذن له فى زرع مرة لم يكـن له أن يزرع أكثر منـها، وإن أذن له فى غرس شجرة فانقلعت لم يملك غرس أخرى، لأن الإذن اختص بشىء لم يجاوزه.

فــصل: ومن استعار شيئًا فله استيـفاء منفعته بنفسه وبوكيله، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده، ولـيس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه، لأنه لم يملك المنـافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم فى هذا خـلافًا، ولا خـلاف بينهم أن المـستـعيـر لا يملك العين، وأجـمعـوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه.

وما ذكروه يبطل بهذه المسألة، ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها، فيكون القول قوله فى كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الأجر، وفى قدره وجهان: **أحدهما:** أجر المثل، لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا فى قدره وجب أجر المثل، فمع الاختلاف فى أصله أولى، **والثانى:** المسمى، لأنه وجب بقول المالك ويمينه، فوجب ما حلف عليه كالأصل، وإن كان اختلافهما فى أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها، والقول قول المستعير فيما بقى لأن ما بقى بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد، وإن ادعى المالك فى هذه الصورة أنها عارية وادعى الراكب أنها بأجر فالراكب يدعى استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك، والمالك ينكر ذلك كله، فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته، وإن اختلفا فى ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضى مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك، سواء ادعى الإجارة أو الإعارة لأنه إن ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل إقراره على نفسه، وإن ادعى الإعارة فهو يدعى قيمتها فالقول قوله، لأنهما اختلفا فى صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقول النبى ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فإذا حلف المالك استحق القيمة، والقول فى قدرها

فصل: وليس له أن يرهنه بغير إذن مالكه، وله ذلك بإذنه بشروط ذكرناها فى باب الرهن، ولا يصير المعير ضامنًا للدين، وقال الشافعى: يصير ضامنًا فى رقبة عبده فى أحد قوليه، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان.

ولنا: أنه أعاره ليقضى منه حاجته فلم يكن ضامنًا كسائر العوارى وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين.

21- مسألة: (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط نفى ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعدَّ).

روى ذلك عن ابن عباس وأبى هريرة، وهو قول الشافعى وإسحاق، وقال الحسن والنخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو حنيفة ومالك والأوزاعى وابن شبرمة: هى أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»[4] ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا: وقول النبى ﷺ: «العارية مؤداة»[5] يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٥٨).

---

(4) أخرجه البيهقى (٦/ ٩١) والدارقطنى (٣/ ٤١/ ح ١٦٨) وعبد الرزاق فى مصنفه (٨/ ح ١٤٧٨٢) والحديث أخرجه البيهقى وضعفه أيضًا.

(5) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٥) والترمذى (٣/ ح ١٢٦٥) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٩٩) وأحمد فى مسنده (٥/ ٢٦٧، ٢٩٣) وإسناده صحيح.

قول الراكب مع يمـينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيـها والأصل عدمها، وإن اخـتلفا فى ذلك بعد مضى مـدة لمثلها أجر وتلف البهيـمة وكان الأجر بقدر قيـمتها أو كان ما يدعـيه المالك منهمـا أقل ممـا يعترف به الراكب فـالقول قـول المالك بغيـر يمين، سـواء ادعى الإجارة أو الإعارة، إذ لا فائدة فى اليـمين على شىء يعترف له به، ويحتمل أن لا يأخـذه إلا بيمين لأنه يدعى شيئًا لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بمـا لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر، مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيـمة وأنكر استحـقاق الأجرة وادعى الراكب أنهـا مكتراة أو كان الكراء أكثـر من قيمتـها فادعى المالك أنه أجـرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية، فالقـول قول المالك فى الصورتين لما قدمنا، فإذا حلف استحق ما حلف عليه، ومذهب الشافعى فى هذا كله نحو ما ذكرنا.

فـصل: وإن قال المالك: غصبتها، وقال الراكب: بل أعرتنيها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لـم يتلف منها شىء فلا معنى للاختلاف، ويأخذ المالك بهـيمته، وكذلك إن كانت الدابة تالفـة، لأن القيمـة تجب على المستـعير كـوجوبها على الغـاصب، وإن كان

ولنا قول النبى ﷺ فى حديث صفوان: «بل عارية مـضمونة» وروى الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(6) رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن غريب، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفـردًا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن فى الإتلاف فكان مضمونًا كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطنى ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجر، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

فـصل: وإن شرط نفى الضمان لم يسقط ، وبه قال الشافعى، وقال أبو حفص العكبرى: يسقط، قال أبو الخطاب: أومأ إليه أحمد، وبه قال قتادة والعنبرى، لأنه لو أذن فى إتلافها لم يجب ضمانها، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها، وقيل: بل مذهب قتادة والعنبرى أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبى ﷺ لصفوان: «بل عارية مضمونة».

ولنا: أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كـالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، وما اقتضى الأمانة فكذلك كـالوديعة والشركة والمضاربة والذى كان من النبى ﷺ إخـبار بصفة العاريـة وحكمهـا، وفارق ما إذا أذن فى الإتلاف فـإن الإتلاف فعل يـصح فيه الإذن ويـسقط حكمه إذ لا ينعقد موجبًا للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان هـهنا نفى للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه.

---

(6) أخرجـه أبو داود (٣/ ٣٥٦١) والترمذى (٣/ ح ١٢٦٦) وابن مـاجه (٢/ ٢٤٠٠) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٨، ١٢) والدارمى (٢/ ح ٢٥٩٦) والحاكم (٢/ ٤٧) وقال الألبانى: ضعيف.

الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر فالاختلاف فى وجوبه، والقول قول المالك، وهذا ظاهر قول الشـافعى، ونقل المـزنى عنه أن القـول قول الراكب، لأن المـالك يدعى عليه عـوضًا، الأصل براءة ذمته منه، ولأن الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها.

ولنا: ما قدمنا فى الـفصل الذى قبل هذا بل هذا أولى، لأنهما ثَمَّ اتفـقا على أن المنافع ملك للراكب، وهٰـهنا لم يتفـقا على ذلك فإن المـالك ينكر انتقـال الملك فيـها إلى الراكب والراكب يدعيه، والقول قول المنكر، لأن الأصل عدم الانتـقال فيحلف ويستحق الأجر، وإن قال المالك: غـصبتها، وقـال الراكب: أجرتنيها، فالاخـتلاف هٰـهنا فى وجوب القـيمة، لأن الأجر يجب فى الموضعين إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه، فإن كانت الدابة تالفـة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمـتها وإن كانت قد بقيت مـدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهـما على استحقاقه، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى وفى اليـمين وجهان، وإن كان زائدًا على المســمى لم يستحقه إلا بيمـين وجهًا واحدًا.

فـصل: **وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجـه الذى يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه**، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها حينئذ أكثر، وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعًا، ويضمنها بمثلها إن كانت مثلية.

22- مسألة: **(وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونًا بشرطه).**

لأن مقـتضى العقد كـونه أمانة، فإذا شرط ضـمانه فقد التـزم ضمان ما لم يوجـد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال فى يد مالكه، وما كان مضمونًا لا ينتفى ضمانه بشرطه، لأن مقتضى العقد الضمان، فإذا شرط نفى ضمانه لا ينتفى مع وجود سببه، كما لو اشـترط نفى ضمان ما يتعدى فيه، وعن أحمـد أنه ذكر له ذلك فقال: المؤمنون على شروطهم، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه، والأول ظاهر المذهب لما ذكرناه.

23- مسألة: **(وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين).**

وجـــملة ذلك أن المستعـير إذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتـها فلا شىء عليه، لأن المنافع مـأذون فى إتلافهـا فـلا يجب عوضـها، وإن تلف شـىء من أجزائهـا التى لا تذهب بالاستعمال ضمنه، لأن ما تضمن جملته تضمن أجزاؤه كالمغصوب، فأما أجزاؤها التى تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان: أحدهـما: يجب ضمانه، لأنه أجزاء عين مضـمونة فوجـب ضمانهـا كالمغـصوب، ولأنها أجـزاء يجب ضمـانها لو تلفت العـين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التى لا تتلف بالاستعمال، والثانى: لا يضمنها، وبه قال الشافعى، لأن الإذن فى الاسـتعمال تضمنه فلا يجب ضمـانه كالمنافع، وكما لو أذن فى إتلافها صريحًا وفـارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها، لأنه لا يـمكن تمييزها من العين

ولأنه إنما أذن فى إتلافهـا على وجه الانتفاع فإذا تلـفت قبل ذلك فقد فاتت على غـير الوجه الذى أذن فيه فـضمنها كما لو أجـر العين المستعـارة فإنه يضمن منافعهـا فإن قلنا: لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف، لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونًا فى إتلافها فلا يجـوز تقويمها عليه، وإن قلنا: تضمن الأجزاء، قومت العين قبل تلف أجزائها، فإن تـلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه كـمن استعار ثوبًا ليلبسه فحمل فـيه ترابًا فإنه يضـمن نقصه ومنافعـه، لأنه تلف بتعديه، وإن تلفت بغيـر تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليـها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها، لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه، فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه، وما تلف بطول الزمان كالذى تلف بالاستعمال، لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه.

فـصل: ولا يجب ضمان ولد العاريـة فى أحد الوجهين، لأنه لم يدخل فى الإعارة فلم يدخل فى الضمان، ولا فـائدة للمستعير فـيه أشبه الوديعة ويضـمن فى الآخر، لأنه ولد عين مضـمونـة أشبه ولـد المغـصوبة، والأول أصح، فـإن ولد المغـصوبة لا يضـمن إذا لم يكن مغصوبًا، وكذلك العارية إذا لم يؤخذ مع أمه.

24- مسألة: (وليس للمستعير أن يعير).

وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وفى الآخر: له ذلك، وهو قول أبى حنيفة، لأنه يملكه على حسب مـا ملكه فجاز كـإجارة المسـتأجر، ويحتـمل أن يكون مذهبًا لأحـمد فى العارية المؤقتة بناء على كونه إذا أعاره أرضـه سنة ليبنى فيها لم يحل الرجوع قبل السنة، لأنه قد ملك المنفـعة فجازت له إعـارتها كالمـستأجر بعـقد لازم، وحكاه صاحب المجـرد قولاً لأحمد، وقال أصـحاب الرأى: إذا استعار ثوبًا ليلبسـه فأعطاه غيره فلبسه فـهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل الذى أعيرها فلا ضمان عليه.

ولنا: أن العارية إباحة المنفعـة فلا يجوز أن يبيحها غيره كـإباحة الطعام وفارق الإجارة، فإنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها، وفى العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه، فأشبه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله أن يطالب مـن شاء منهما، لأن الأول سلـط غيره على أخذ مـال غيره بغـير إذنه، والثانى استوفاه بغير إذنه، فإن ضمن الأول رجع على الثانى، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثانى لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول، لأنه غر الثانى ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض.

25- مسألة: (وإن تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء).

لما ذكرنا، ويستقر الضمان على الثاني بكل حال، لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه، فإن ضمن الأول رجع على الثاني ولا يرجع الثاني إن ضمنه على أحد.

26- مسألة: (وعلى المستعير مؤنة رد العارية).

لقول النبي ﷺ: «العارية مؤداة» وقوله: «على اليد ما أخذت حتى ترده» قال الترمذي: هذا حديث حسن، ويجب ردها إلى المعير أو الوكيل في قبضها، ويبرأ بذلك من ضمانها، وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة، فإن رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذونًا فيه عادة.

ولنا: أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها، كما لو دفعها إلى أجنبي، وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا نسلم أن العادة ما ذكر.

27- مسألة: (وإن رد الدابة إلى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ إلا بردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه).

قد ذكرنا في المسألة قبلها إلا ردها إلى المكان الذي أخذها منه، وإن ردها إلى زوجته المتصرفة في ماله أو رد الدابة إلى سائسها، فقال القاضي: يبرأ في قياس المذهب، لأن أحمد قال في الوديعة: إذا سلمها إلى امرأته لم يضمنها، لأنه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقًا.

فصل: ومن استعار شيئًا فانتفع به ثم ظهر مستحقًا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما، فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم، لأنه غره بذلك وغرمه، لأنه دخل عن أنه لا أجرة عليه، وإن ضمن المعير لم يرجع على أحد، لأن الضمان استقر عليه، قال أحمد في قصار دفع ثوبًا إلى غير صاحبه فلبسه: فالضمان على القصار دون اللابس، وسنذكره في الغصب إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن اختلفا فقال: أجرتك، قال: بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قائمة، فالقول قول الراكب.

إذا اختلف رب الدابة والراكب، فقال الراكب: هي عارية، وقال المالك: أكريتكها، وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه، لأن الأصل براءة ذمته منها، لأن الأصل عدم عقد الإجارة ويرد الدابة إلى مالكها، وكذلك إذا ادعى المالك أنها عارية، وقال الراكب: قد أكريتنيها، فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا.

28- مـســألة: (**وإن كان بعد مضى مـدة لها أجرة، فالقول قول المالك فـيما مضى من المدة دون ما بقى منها**).

حكى ذلك عن مـالك، وقـال أصـحـاب الرأى: القـول قـول الراكب، وهو منصـوص الشافعى، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضًا لها، والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه.

ولنا: أنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب فكان القول قول المالك، كما لو اختلفا فى عين، فقال المالك: بعتكها، وقال الآخر: وهبتنيها، ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى الملك والعقد عليها، ولو اختلفـا فى الأعيان كان القول قول المالك، كذا هـهنا، وما ذكروه يـبطل بهذه المسألة، ولأنهـما اتفقا على أن المنـافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها فيكون القول قوله فى كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الأجر.

29- مـسألة: (**وهل يستحق أجر المثل أو المدعى إذا زاد عليها؟ على وجهين**).

أحدهما: أجر المثل، لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا فى قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف فى أصله أولى، **والثانى:** المسمى، لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل والأول أصح، لأن الإجارة لا تثبت بدعوى المـالك بغير بينة وإنما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل، وقيل يلزمه أقل الأمرين، لأنه إن كان المـسمى أقل فقد رضى به، وإن كان أكثر فليس له إلا أجر المثل، لأن الإجارة لم تثبت وإنما يكون القول قول المالك إذا اختلفا فى أثناء المدة فيما مضى منها، وأما فيما بقى فالقول قول المستعير، لأن ما بقى بمنزلة ما لو اختلفا عـقيب العقد، وإن ادعى المالك فى هذه الصورة أنهـا عارية وادعى الآخر بأجرة فهو يدعى استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك، والمالك ينكر ذلك كله، فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته.

30- مـســألة: (**وإن اختلفا بعـد تلف الدابة، فقال المالك: أعـرتك، وقال الراكب: بل أجرتنى، فالقول قول المالك إذا كان قبل مضى مدة لها أجرة**).

سواء ادعى الإجارة أو العارية، لأنه إن ادعى الإجارة فهو مـعترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانهـا فيقبل إقراره على نفسه، وإن ادعى الإعارة فهو يدعى قيـمتها والقول قـوله، لأنهما اختلفا فى صفة القبض والأصل فيما يقبـضه الإنسان من مال غيره الضمان لقول النبى ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده» حديث حسن، وإذا حلف المـالك استحق القيمة، والقول فى قدرها قول الراكب مع يمينه، لأنه منكر للزيادة المختلف فيها والأصل عدمها، وإن اختلفا فى ذلك بعد مضى مدة لها أجرة والبـهيمة تالفة وكان الأجر بقدر قيمتهـا أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب، فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الإجارة أو الإعارة إذ لا

فائدة فى اليمين على شىء يعترف له به خصـمه، ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين، لأنه يدعى شيئًا لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بمـا لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه، وإن كان ما يدعيه المالك أكثـر بأن تكون قيمة الدابة أكثر من أجـرها فادعى المالك أنها عارية لتجب لـه القيمة وأنكر استحقاق الأجر وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكـثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنـها عارية، فالقول قول المـالك فى الصورتين لما قدمنا، فإذا حلف استحق ما حلف عليه، ومذهب الشافعى فى هذا كله نحو ما ذكرنا.

31- **مـسـألة: (وإن قال: أجرتـنى أو أعرتنى، قال: بل غصـبتنى، فالقول قـول المالك، وقيل: قول الغاصب).**

إذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته، وكذلك إن كـانت الدابة تالفة وادعى الراكب العارية، لأن القيـمة تجب على المستـعير كوجوبها على الغاصب، وإن كان الاختلاف بعـد مضى مدة لها أجرة فالاختلاف فى وجوبه، والقول قول مالك، وهذا ظاهر قول الشافـعى، ونقل المزنى عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا، لأن المالك يدعى عليه عوضًا، والأصل براءة ذمته منه، ولأن الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها.

ولنا: ما قدمنا فى المسألة التى قبلها، بل هذا أولى، لأنهما ثَمَّ اتفقا على أن المنافع ملك الراكب وهـهنا لم يتفـقا على ذلك، فإن المالك ينكر انتقال الملك فـيها إلى الراكب والراكب يدعـيه والقول قـول المنكر، لأن الأصل عـدم الانتقـال فيـحلف ويستـحق الأجر، فـإن قال المالك: غصبتـها، وقال الراكب: أجرتنيها، فالاختلاف هـهنا فى وجـوب القيمة، لأن الأجر يجب فى الموضعـين إلا أن يختلف المسمى وأجـر المثل، فالقول قول المـالك مع يمينه فى وجوب القيمة، فـإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتـها، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المـالك لاتفاقهما على استحقاقه، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى، وفى اليمين وجـهان، وإن كان زائدًا عن المسمى لم يستحقه إلا باليمين وجهًا واحدًا، والله أعلم.

كتاب الغصب

الغصب: هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء: ٢٩) وقوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ١٨٨) وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ (المائدة: ٣٨) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة: فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»(١) رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أخذ شبرًا من الأرض ظلمًا طوقه من سبع أرضين»(٢) متفق عليه، وروى أبو حُرَّة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»(٣) رواه أبو إسحاق الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإن اختلفوا في فروع منه، إذا ثبت هذا فمن غصب شيئًا لزمه رده ما كان باقيًا بغير خلاف نعلمه، لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهرًا بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أخذ شبرًا من الأرض ظلمًا طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو ابن يثربي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه

---

(١) تقدم برقم (٨٢) مسألة (٥٩١).

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ح ٢٤٥٢/ فتح) من حديث سعيد بن زيد، وفي بدء الخلق (٦/ ح ٣١٩٨/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٣٠ - ١٢٣٢) من روايات سعيد بن زيد وأبي هريرة وعائشة ﷺ، والدارمي (٢/ ح ٢٦٠٦) بلفظ: «من ظلم من الأرض شبرًا فإنه يطوقه من سبع أرضين» وأحمد في مسنده (١/ ١٨٧، ١٩٠).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٥/ ٧٢) والبيهقي (٦/ ١٠٠) والدارقطني (٣/ ٦) وإسناده صحيح.

حتى تؤديه»[٤] ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده فإن تلف في يده لزمه بدله، لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٤) ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله، لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدمًا كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسماع، والقياس طريقه الظن والاجتهاد وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة، وحكى عن العنبري يجب في كل شيء مثله، لما روت جَسْرَةُ بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ما رأيت صانعًا مثل حفصة، صنعت طعامًا فبعثت به إلى النبي ﷺ فأخذني الأفكل، فكسرت الإناء فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: «إناء مثل الإناء، وطعام مثل الطعام»[٥] رواه أبو داود، وعن أنس «أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى، فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته[٦]، رواه أبو داود مطولاً، ورواه الترمذي ونحوه وقال: حديث حسن صحيح، ولأن النبي ﷺ استسلف بعيرًا ورد مثله[٧].

الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى.

1- مسألة: (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب).

وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يضمن، لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر.

ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن، ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحرة، فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة.

2- مسألة: (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الأراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه).

---

(٤) تقدم تخريجه في الحديث رقم (٨) من كتاب العارية.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٨) والنسائي (٧/ ٣٩٦٧) وأحمد في مسنده (٦/ ١٤٨، ٢٧٧) وقال الألباني: ضعيف.

(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٢٤٨١/ فتح) وأبو داود (٣/ ٣٥٦٧) والترمذي (٣/ ١٣٥٩) وابن ماجه (٢/ ٢٣٣٤).

(٧) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٤) وأبو داود (٣/ ٣٣٤٦) والترمذي (٣/ ١٣١٨) والنسائي (٧/ ٤٦٣١) وابن ماجه (٢/ ٢٢٨٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٨٠) وأحمد في مسنده (٦/ ٣٩٠) كلهم بلفظ: استسلف من رجل بعيرًا فأتته إبل من إبل الصدقة».

ولنا: ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد قُوِّم عليه قيمة العدل»(٨) متفق عليه، فأمر بالتقويم في حصة الشريك، لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل، ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى، وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك.

فصل: وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف، قال ابن عبد البر: كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته، وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد: أنه يضمن بمثله أيضًا، فإنه قال في رواية حرب وإبراهيم بن هانئ(٩): ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة، فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه، والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والصوف والشعر والمغزول من ذلك فإنه يضمن بقيمته، لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر، فأشبه غير الكيل والموزون، وذكر القاضي أن النُّقْرَة (١٠)والسبيكة من الأثمان والعنب

هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عند أصحابه، وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضًا فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض، وإن كان شيئًا من السماء لم يكن عليه شيء، فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب، فإن أتلفها ضمنها بالإتلاف، لأنه لم يوجد فيها النقل والتحويل فلم يضمنها، كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع، ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدوانًا على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار.

ولنا قوله ﷺ: «من ظلم شبرًا من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين»(١) متفق

---

(٨) أخرجه البخاري (٥/ ح ٢٥٠٣/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٣٩/ ح ١) وأبو داود (٤/ ٣٩٤٦) والترمذي (٣/ ح ١٣٤٧) والنسائي (٧/ ٤٧١٢) وابن ماجه (٢/ ٢٥٢٨) وأحمد في مسنده (٢/ ١٥ : ٤ ٣٧).

(٩) هو أبو إسحاق النيسابوري: رحل في طلب العلم إلى الشام وبغداد ومصر ومكة واستوطن بغداد وحدَّث عن قبيصة وخلق كثير وكان ثقة صالحًا، واختفى أحمد بن حنبل في بيتهم في زمن المحنة، فقال لابنه إسحاق: أنا لا أطيق ما يطيق أبوك من العبادة، توفي في ربيع الآخر سنة خمس وستين ومائتين المنتظم (١٢/ ١٩٧، ١٩٨).

(١٠) **النقرة:** هي القطعة المذابة من الذهب والفضة.

(١) أخرجه البخاري (٥/ ح ٢٤٥٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٣١/ ح ١٤٠) وأحمد في مسنده (١/ ١٨٧ - ١٩٠) والدارمي (٢/ ح ٤٦٠٦).

والرطب والكمثرى يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا، وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا، ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها، وفيه إتلاف، فعلى هذا إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد، فإن كانت من غير جنسه وجبت بكل حال، وإن كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وإن كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدى إلى الربا، وقال القاضي: إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه، لأن ذلك قيمته والصناعة لها قيمة، وكذلك لو كسر الحلى وجب أرش كسره ويخالف البيع، لأن الصناعة لا يقابلها العوض فى العقود، ويقابلها فى الإتلاف، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالإتلاف، قال بعض أصحاب الشافعى: هذا مذهب الشافعى وذكر بعضهم مثل القول الأول، وهو الذى ذكره أبو الخطاب لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع والنقص، وقد قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا كسر الحلى يصلحه أحب إلى، قال القاضي: وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا أنه على طريق الوجوب، وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة، فإن كانت محرمة كالأوانى وحلى الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه، وجهًا واحدًا، لأن الصناعة لا قيمة لها شرعًا فهى كالمعدومة.

على معناه، وفى لفظ: «من غصب شبرًا من الأرض» فأخبر النبى ﷺ أنه يغصب ويظلم فيه، ولأن ما ضمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولى على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء، لأن هذا إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف من غير خلاف.

فصل: ولا يحصل الغصب من غير استيلاء، فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال أصحاب الشافعى: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له فى دخولها، لأن يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصبًا، فإن الغصب إثبات اليد العادية، وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا فى الدار ولا بينة حُكِمَ بها لمن هو فيها دون الخارج منها.

ولنا: أنه غير مستولٍ عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراء له، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه فى العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها، فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن.

٨٦٢- **مسألة:** قال: (ومن غصب أرضًا فغرسها أُخِذَ بقلع غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها، ومقدار نقصانها إن كان نقصها الغرس) .

الكلام فى هذه المسألة فى فصول: **أحدها:** أنه يتصور غصب العقار من الأراضى والدور ويجب ضمانها على غاصبها، هذا ظاهر مذهب أحمد، وهو المنصوص عن أصحابه، وبه قال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضًا فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض، وإن كان شيئًا من السماء لم يكن عليه شىء، وظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب، وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف، لأنه لا يوجد فيها النقل والتحريم[١١] فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع، لأن الغصب إثبات اليد على المال عدوانًا على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك فى العقار.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين»[١٢] رواه البخارى عن عائشة، وفى لفظ: «من غصب شبرًا من الأرض» فأخبر النبى ﷺ أنه يغصب ويظلم فيه، ولأن ما ضمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى

3- **مسألة:** (وإن غصب كلبًا فيه نفع أو خمر ذمى لزمه ردهما) .

إذا غصب كلبًا يجوز اقتناؤه وجب رده، لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال، وإن أتلفه لم يغرمه، وفيه اختلاف ذكر فى البيع وهو مبنى على جواز بيعه، وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر، لأنه لا يجوز، وإن غصب خمر ذمى لزمه ردها، لأنه يقر على شربها، فإن أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمى وسواء كان لمسلم أو ذمى، نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهريق مسكرًا لمسلم أو لذمى فلا ضمان عليه، وكذلك الخنزير، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلفهما على ذمى، قال أبو حنيفة: إن كان مسلمًا بالقيمة، وإن كان ذميًا بالمثل، لأن عقد الذمة إذا عصم عينًا قومها كنفس الذمى وقد عصم خمر الذمى بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها، ولأنها مال لهم يتمولونها لما روى عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه: إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور، فكتب إليه عمر: ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، فإذا كانت مالاً لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم.

---

(١١) فى المطبوعة: «والتحويل».

(١٢) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٥٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٣١، ١٢٣٢/ ح ١٦١٢) والدارمى (٢/ ح ٢٦٠٦).

على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولى عل داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف فى المذهب، ولا بين العلماء، لأن هذا إتلاف والعقار يضمن بالإتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء، فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعى: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها، سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له فى دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها بذلك فيصير غاصبًا، فإن الغصب إثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده، بدليل أنهما لو تنازعا فى\الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها.

ولنا: أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراءه، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه فى العارية، وهذا لا تثبت به العارية، ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن.

الفصل الثانى: أنه إذا غرس فى أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك، ولا نعلم فيه خلافًا، لما روى سعيد بن زيد بن عمرو ابن نفيل أن النبى ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[(١٣)] رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن، وروى أبو داود وأبو عبيد فى الحديث أنه قال: «فلقد أخبرنى الذى حدثنى هذا

ولنا: ما روى جابر أن النبى ﷺ قال: «ألا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[(2)] متفق عليه، وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضمونًا فى حق المسلم لا يكون مضمونًا فى حق الذمى كالمرتد، ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة فى حق المسلم، فكذلك فى حق الذمى فإن تحريمها ثبت فى حقهما وخطاب النواهى يتوجه إليها فما ثبت فى حق أحدهما ثبت فى حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين، وقولهم: إنها مال عندهم، ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم، فأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم، وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه،

---

(١٣) ذكره البخارى معلقًا (٥/ ص ٢٣) وأبو داود (٣/ ح ٣٠٧٣) والترمذى (٣/ ح ١٣٧٨) وأحمد فى مسنده (٥/ ٣٢٧) ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣).

(2) أخرجه البخارى (٤/ ٢٢٣٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٧/ ١٥٨١) وأبو داود (٣/ ٣٤٨٦) والترمذى (٣/ ١٢٩٧) والنسائى (٧/ ٤٢٦٧) وابن ماجه (٢/ ٢١٦٧) وأحمد في مسنده (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٤٠).

الحديث أن رجلاً غرس فى أرض رجل من الأنصار من بنى بياضة فاختصما إلى النبى ﷺ فقضى للرجل بأرضه، وقضى للآخر أن ينزع نخله، قال: فلقد رأيتها تضرب فى أصولها بالفئوس، وإنها لنخل عُمٌ(١٤)، ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذى لا حرمة له فى نفسه بغير إذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشًا، وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله فى ملك غيره فلزمته إزالته، وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك، لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثًا أو حيوانًا، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله القلع، لأنه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة، لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز، لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز، وإن أبى قبوله وكان فى قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم، وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله، لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت، ويحتمل أن لا يجبر، لأن فيه إجبارًا على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غصب أرضًا وغراسًا من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لمالك الأرض، فإن طالبه المالك بقلعه وفى قلعه غرض أجبر على قلعه، لأنه فوت عليه غرضًا مقصودًا بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا، وإن لم يكن فى قلعه غرض لم يجبر على قلعه، لأنه سفه فلا يجبر على

وتسميتها أثمانًا مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمنًا، فقال: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ (يوسف: ٢٠).

فصل: فإن غصب من مسلم خمرًا حرم ردها ووجبت إراقتها، لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، فأمره بإراقتها(3)، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»(4) ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها حتى صارت خلاً لزمه ردها، لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها، فإن تلفت ضمنها له، لأنها مال المغصوب منه تلف فى يد الغاصب، فإن أراقها فجمعها إنسان فتخللت عنده رد الخل، لأنه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

---

(١٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٧٤) وانظر الإرواء (٥/ ٣٥٤، ٣٥٥) وإسناده حسن.

(3) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٧٥) والترمذى (٣/ ح ١٢٩٣) وأحمد فى مسنده (٣/ ١١٩. ١٨٠، ٢٦٠) وإسناده صحيح.

(4) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٦/ ١٥٧٩) والنسائى (٧/ ٤٦٧٨) والدارمى (٢/ ٢١٠٣) وأحمد فى مسنده (١/ ٢٣٠، ٢٤٤، ٣٢٤، ٣٥٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٦).

السفه، وقيل: يجبر، لأن المالك محكم فى ملكه والغاصب غير محكم، فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه، لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

فصل: والحكم فيما إذا بنى فى الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القمية لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن فى النقض غرض صحيح لأن النقض سفه، والأول أصح، لما روى الخلال بإسناده عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ : «من بنى فى رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض»(١٥) ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها، وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا فى الغرس.

فصل: وإن غصب داراً فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته وفى إزالته غرض، لزمه إزالته وأرش نقصها إن نقصت، وإن لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها، أجبر على قبوله، لأن ذلك صفة فى الدار، فأشبه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر، لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش، وإن طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك، وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل، وإن لم يكن له

4- **مسألة:** (وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين).

بناء على طهارته بالدباغ، فمن قال بطهارته أوجب رده، لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال: لا يطهر، لم يوجب رده، لأنه لا سبيل إلى إصلاحه، وإن أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمن لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه.

5- **مسألة:** (وإن دبغه وقلنا بطهارته يلزمه رده كالخمر إذا تخللت ويحتمل أن لا يجب رده).

لأنه صار مالاً بفعله بخلاف الخمر، وإن قلنا: لا يطهر لم يجب رده، لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا: يباح الانتفاع به فى اليابسات، لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ.

6- **مسألة:** (وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك).

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر، فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالإتلاف، فإن حبس حرّاً فمات عنده لم يضمنه، لأنه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً، ففيه وجهان:

(١٥) أخرجه البيهقى (٦/ ٩١) وقال: عمر بن قيس المكى ضعيف لا يحتج به ومن دونه أيضًا ضعيف، وابن عدى فى الكامل (٥/ ٨) وقال: وعمر بن قيس مندل هذا له حديث كثير وعامة ما يرويه لا يتابع عليه، وخالد نزار يحدث عنه بنسخة وفيها عجائب، وقال أيضًا: وعمر ضعيف بالإجماع لم يشك أحد فيه. اهـ.

قيمة ففيه وجهان: **أحدهما**: يملك قلعه، لأنه عين ماله، **والثاني**: لا يملك، لأنه سفه يضر ولا ينفع، فلم يجبر عليه وإن بذل المالك له قيمته ليتركه.

فـصـل: وإن غصب أرضًا وكـشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كـان إن طلبه المالك، وكان فيه غرض صحيح، وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين، وإن منعـه المالـك فرشـه أو رده وطلب الغـاصب ذلك وكان فـى رده غرض من إزالة ضـرر، أو ضمـان، فله فرشه ورده وعليـه أجر مثلهـا مدة شغلها وأجـر نقصهـا، وإن أخذ تراب أرض فضـرب به لبناء رد، ولا شيء له إلا أن يكون قد جعل فـيه تبنًا له فيـكون له أن يحله ويأخذ تبنه، وإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهـان، بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة، وإن طالبه المـالك بحله لزمه إذا كان فـيه غرض وإن لم يكن فـيه غرض فعلى وجـهين، وإن جعله آجرّا أو فخارًا لزمه رده ولا أجر له لعمله، وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه، لأن ذلك سفه لا يفيد وإتلاف للمال وإضاعة له، وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعة المال(١٦).

فـــصـل: وإن غصب أرضـًا فحفر فيـها بئرًا فطالبـه المالك بطمِّها لزمـه ذلك لأنه يضر بالأرض، ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض، وكذلك إن حفر فيها نهرًا أو حفر بئـرًا فى ملك رجل بغير إذنه، وإن أراد الغاصب طمَّها فمـنعه المالك نظرنا، فإن كان له غرض فى طمهـا بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيهـا، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفســه أو ملك غيره أو طريق يحـتاج إلى تفريـغه، فله الرد لما فـيه من الغرض، وبهـذا قال

أحدهـما: لا يضمنه، لأنه حر أشبه الكبـير، وهذا مذهب الشافعى، **والثـانى**: يضمنه، لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فإن قلنا: لا يضمنه، فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين: **أحدهما**: لا يضمنه، لأنه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير، **والثاني**: يضمنه، لأنه استولى عليه أشبه ما لو كان منفردًا.

7- مسألة: (وإن استعمل الحر كرهًا فعليه أجرته).

لأنه استوفى مـنافعه وهى متقـومة فلزمه ضمـانها كمنافع العبـد، وإن حبسه مدة لـمثلها أجرة، ففيه وجهان: **أحدهما**: يلزمه أجر تلك المدة، لأنه فوت منفعته وهى مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد، **والثـانى**: لا يلزمه أجر تلك المدة، لأنها تابعة لما لا يصح غـصبه فأشبـهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافـه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كمـا ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعـه وجهًا واحدًا، لأنه لو فعل ذلك بالعبـد لم يضمن منافعه فـالحر أولى، ولو حبس الحر وعليـه ثياب لم يلزمه ضـمانها، لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه فى الغصب، وهذا كله مذهب الشافعى.

---

(١٦) أخـرجه الـبخـارى (١١/ ح ١٤٧٣/ فـتح) ومـسلم (٣/ أقضـيـة/ ١٣٤١/ ح ١٢) والدارمى (٢/ ح٢٧٥١) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥).

الشافعى، وإن لم يكن له غرض فى طم البئر، مثل أن يكون قد وضع التراب فى ملك المغصوب وأبرأه المغصوب منه مما حفر وأذن فيه، لم يكن له طمها فى أحد الوجهين، لأنه إتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله، كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وبعض الشافعية، وقال بعضهم: له طمها، وهو الوجه الثانى لنا، لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لأنه إبراء مما لا يجب بعد، وهو أيضًا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها.

ولنا: أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدى، فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدى، فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدى برضائه به، وهكذا ينبغى أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء، ولكن منعه من طمها لأنه يتضمن رضاه بذلك.

الفصل الثالث: أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها، وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله، سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت، لأنها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وإن غصب أرضًا فبناها دارًا فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها، لأنه إنما غصب الأرض والبناء له، فلم يلزمه أجر ماله، وإن بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه أجرها مبنية، لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون فى مقابلته أجر لأنه وقع عدوانًا، وإن غصب دارًا فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها

فصل: ويلزمه رد المغصوب إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته إذا كان باقيًا، لقول رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[5] رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى، وقال: حديث حسن، وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبًا جادًا ومن أخذ عصا أخيه فليردها»[6] رواه أبو داود، يعنى: أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد فى إدخال الغم والغيظ عليه، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره.

فصل: فإن غصب شيئًا فبعد لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته، لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فإن قال الغاصب: خذ منى أجر رده وتسلمه منى ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك، لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن

---

(5) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦١) والترمذى (٣/ ح ١٢٦٦) وابن ماجه (٢/ ٢٤٠٠) وأحمد فى مسنده (٥/ ٨، ١٢) والدارمى (٢/ ح ٢٥٩٦) والحاكم (٢/ ٤٧) وقال الألبانى: ضعيف.

(6) أخرجه أبو داود (٤/ ٥٠٠٣) والترمذى (٤/ ٢١٦) بلفظ: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه» وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٢١) قال أبو عيسى: حديث حسن غريب.

إلى حين ردها، لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفها، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده، فالحكم فيها كذلك، وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرها عَرْصَةً منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها دارًا فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها وإن كان الغاصب باعها فبناها المشترى أو نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه، فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشترى بقيمة ما تلف من الأعيان، لأن المشترى دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه، وإن رجع المالك على المشترى رجع المشترى على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشترى بشيء من الأجر ألا بأجر مدة مقامها في يديه، لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ.

الفصل الرابع: أنَّ على الغاصب ضمان نقص الأرض إن كان نقصها الغرس، أو نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصًا مستقرًا كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خُرِّب ونحوه فإنه يردها وأرش النقص، لأنه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا شق رجل لرجل ثوبًا شقًا قليلاً أخذ أرشه، وإن كان كثيرًا فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين إمساكه وأخذ أرشه، وقد روى عن أحمد كلام يحتمل هذا، فإنه قال

قال المالك: دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده، لأنه أسقط عنه حقًا فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه، وإن قال: رده لي إلى بعض الطريق لزمه، لأنه يلزمه جميع المسافة، فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه، وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب إلى المكان الذي يلزمه رده إليه أو لا، لأنه معاوضة، وإن قال: دعه في مكانه وأعطني أجر رده، لم يلزمه ذلك، ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

8- مسألة: (وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده).

مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيبًا أسود بأحمر لما ذكرنا، وأجر المميز عليه كأجر رده إذا بعده وإن أمكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه، وإن لم يمكن تمييز شيء منه فسنذكره إن شاء الله تعالى.

9- مسألة: (وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلى).

إذا غصب شيئًا فشغله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته، لأنه صار هالكًا فوجبت قيمته كما لو تلف، وإن كان باقيًا بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل

فى رواية موسى بن سعيد[١٧] فى الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعنى - والله أعلم - إن شاء أخذ أرش الشق، ووجهه أن هذه جناية أتلفت معظم منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه أنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار إن شاء رجع بما نقصت، وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى ينبنى على ذلك، لأنه أتلف غرضه به فإنه لا يركبه فى العادة، وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها، كما لو أتلف جميعها.

ولنا: أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً، ولأنها جناية تنقص بها القيمة فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفى الشاة تلف جميعها لأن الاعتبار فى الإتلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره.

فصل: وقدر الأرش قدر نقص القيمة فى جميع الأعيان وبهذا قال الشافعى، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها فإنه قال فى رواية أبى الحارث فى رجل فقأ عين دابة لرجل: عليه ربع قيمتها، قيل له: فقأ العينين؟ فقال: إذا كانت واحدة فقال عمر: ربع القمية، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئًا، قيل له: فإن كان بعيرًا أو بقرة أو شاة، فقال: هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ننظر ما نقصها، وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدرًا فى العين الواحدة من الدابة وهى الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه، وما عدا هذا

الثوب، وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب أداء الخشبة والحجر، لأنه صار تابعًا لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطًا فخاط به جرح عبده.

ولنا: أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذى يخاف على العبد من قلعه، لأنه لا يجوز له رده لما فى ضمنه من تلف الآدمى، ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء.

10- **مسألة: (وإن سمر بالمسامير بابًا لزمه قلعها وردها)** .

لما ذكرنا من الحديث.

فصل: وإن غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقًا لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة ، كما ينقض البناء لرد الساجة[7] فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل، لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار، وأما

---

(١٧) هو موسى بن سعيد بن النعمان بن بسام الثفرى المعروف بالدندانى، ثقة رفيع القدر، كانت عنده مسائل حسان، ترجمته فى طبقات الحنابلة (١/ ٣٣٢) تهذيب التهذيب (١٠/ ٣٠٨)

(7) الساج: هو نوع من الخشب.

يرجع إلى القياس، واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت أن النبى ﷺ قضى فى عين الدابة بربع قيمتها(١٨)، وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الآدمى، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن، وهذا إجماع يقدم على القياس، ذكر هذين أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وقال أبو حنيفة، إذا قلع عينى بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة، وجب نصف قيمتها وفى إحداهما ربع قيمتها، لقول عمر رضي الله عنه، أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروى عن أحمد فى العبد: أنه يضمن فى الغصب بما يضمن به فى الجناية، ففى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنه ضمان لأبعاض العبد، فكان مقدرًا من قيمته، كأرش الجناية.

ولنا: أنه ضمان مال من غير جناية، فكان الواجب ما نقص كالثوب، وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه، وقدر النقص هو الجابر، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له، ولو كان صحيحًا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه، فإن قول النبى ﷺ أحق أن يحتج به، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها، كما روى عنه أنه قضى فى العين القائمة بخمسين دينارًا، ولو كان تقديرًا لوجب فى العين نصف القيمة كعين الآدمى، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس

الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضررًا من نقض الباب فهى كالفصيل وإن كان أقل كسرت ويحتمل فى الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضررًا ذبح وأخرج لحمًا، لأنه فى معنى الخشبة، وإن كان حصوله فى الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب دارًا وأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرسًا ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء، لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه، ولو باع دارًا فيها خوابى(*) لا تخرج إلا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان، وكان نقض الباب أقل ضررًا من بقاء ذلك فى الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض، وكان إصلاحه على البائع، لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضررًا لم ينقض، لأنه لا فائدة فيه، ويصطلحان على ذلك إما بأن يشتريه مشترى الدار أو غير ذلك.

فصل: وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة، فقال أصحابنا: حكمها حكم الخيط الذى

---

(١٨) أخرجه الحافظ فى المجمع (٦/ ٢٩٨) وقال: رواه الطبرانى، وفيه أبو أمية بن يعلى، وهو ضعيف، والزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٨) وقال: ورواه العقيلى فى ضعفائه، وأعله بإسماعيل أبى أمية وضعفه عن جماعة من غير توثيق.

(*) الخابية: وعاء الماء الذى يحفظ فيه.

للإلحاق بالجناية على الحر، والواجب ها هنا ضمان اليد، ولا تثبت اليد على الحر، فوجب البقاء فيه على موجب الأصل وإلحاقه بسائر الأموال المغصوبة، وقول أبى حنيفة: إن هذا فى بهيمة الأنعام والدابة، لا يصح، لأن هذا القول مبنى على قول عمر، وقول عمر إنما هو فى الدابة، والدابة فى العرف، ما يعد للركوب دون بهيمة الأنعام.

فصل: وإن غصب عبداً فجنى عليه جناية مقدرة الدية، فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب أرش الجناية كما لو جنى عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وإن قلنا: ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو، لأن ضمان كل واحد منهما وجب فوجب أكثرهما، ودخل الآخر فيه، فإن الجناية واليد وجدا جميعًا، فإن غصب عبدًا يساوى ألفًا، فزادت قيمته فصار يساوى ألفين، ثم قطع يده فنقص ألفًا لزمه ألف ورد العبد، لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص ألفًا وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة، ويرد العبد، وإن قلنا: ضمان الجناية، فعليه ألف ورد العبد فحسب، وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

فصل: وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء، لأن الجانى قطع يده والغاصب حصل النقص فى يده، فإن ضمن الجانى فله تضمينه نصف قيمته لا غير، و لا يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه، ويضمن الغاصب ما زاد على نصف

خاط به جرحها على ما نذكره، قال شيخنا: ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدميًا ويفارق الخيط، فإنه فى الغالب أقل قيمة من الحيوان، والجوهرة أكثر قيمة، ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل، وضمان نقصها على صاحب الجوهرة، لأنه لتخليص ماله، فإن كان التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شىء على صاحب الجوهرة، لأن التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط.

فصل: وإن أدخلت رأسها فى قمقم ولم يمكن إخراجه إلا بذبحها أو كسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت، وإن كان كسر القمقم أقل كسر، فإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه، وإن كان من صاحب القمقم بأن وضعه فى الطريق فالضمان عليه، وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وإن كسر القمقم، لأنه كسر لتخليص شاته، وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم، لأنه لتخليص ماله، فإن قال من عليه الضمان منهما: أنا أتلف مالى ولا أغرم شيئًا للآخر فله ذلك، لأن إتلاف مال الآخر إنما كان

القيمة إن نقص أكثر من النصف، ولا يرجع على أحد، وإن قلنا: إن ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب هـهنا شيئًا، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا: إن ضمان الغاصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجانى، لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وإن قلنا: إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين، لأن ما وجد فى يده فهو فى حكم الموجود منه، ثم يرجع الغاصب على الجانى بنصف القيمة، لأنها أرش جناية فلا يجب عليه أكثر منها.

فصل: وإن غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها، ورد العبد، نص عليه أحمد وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة والثورى: يخير المالك بين أن يصبر ولا شىء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجانى، لأنه ضمان مال، فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الأموال.

ولنا: أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر الدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه، ولأن المضمون هو المفوت، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع، وبهذا ينفصل عما ذكروه فإن الضمان فى مقابلة المتلف لا فى مقابلة الجملة، فأما إن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الإتلاف أو بما نقص؟ على روايتين سبق ذكرهما.

فصل: وإن جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لأنه نقص فى العبد

لحقه وسلامة ماله وتخليصه، فإذا رضى بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال: لا أتلف مالى ولا أغرم شيئًا، لم نمكنه من إتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شىء، لأنه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان، فيقال له: إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وإما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً، لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كعلفها، فإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا، واحتمل أن يكسر القمقم، وهو قول أصحابنا، لأنه لا نفع فى ذبحه ولا هو مشروع، وقد نهى النبى ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ويحتمل أن يكون كالمأكول فى أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل، لأن حرمته معارضة بحرمة مال الآدمى الذى يتلف، والنهى عن ذبحه معارض بالنهى عن إضاعة المال، وفى كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة المال.

فصل: وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرته أو أخذ دينار غيره فسهى فوقع فى محبرته كسرت ورُدَّ الدينار، كما ينقض البناء لرد الخشبة، وكذلك إن كان درهمًا أو أقل، وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه، والضمان عليه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده، وعلى الغاصب ضمان

الجانى لكون أرش الجناية يتعلق برقبته، فكان مضمونًا على الغاصب كسائر نقصه، وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص أو المال، ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد، وإن جنى على سيده، فجنايته مضمونة على الغاصب أيضًا، لأنها من جملة جناياته، فكان مضمونًا على الغاصب كالجناية على الأجنبى.

فصل: إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون الذاهب جزءًا مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه، ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فإنه يجب ضمان النقص فيمضن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلهما مع رد الباقى منهما، لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به، كما لو أذهب الجميع، **الثانى:** أن لا يكون مقدرًا مثل ان غصب عبدًا ذا سِمَنٍ مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شىء فيه سوى رده، لأن الشرع إنما أوجب فى هذا ما نقص من القيمة، ولم يقدر بدله، ولم تنقص القيمة، فلم يجب شىء، بخلاف الصورة الأولى، فإن الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله، **الثالث:** أن يكون النقص فى مقدر البدل، لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائيته، وانعقدت أجزاؤه، فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان: **أحدهما:** لا شىء عليه سوى رده، لأن النار إنما أذهبت مائيته التى يقصد ذهابها، ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته، فلم يجب ضمانها، كَسِمَنِ العبد الذى ينقص قيمته، **والثانى:** يجب ضمانه، لأنه مقدر البدل، فأشبه الزيت إذا أغلاه، وأن نقصت العين والقيمة جميعًا، وجب

المحبرة، لأنه السبب فى كسرها، وإن كان كسرها أكثر ضررًا من تبقيته الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر، وإن رمى إنسان ديناره فى محبرة غيره عدوانًا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه، لأن صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه، وعلى الغاصب نقض المحبرة بوقوع الدينار فيها، ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب، ويضمن الغاصب قيمتها، كما لو غرس فى أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر، وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهرًا لم يلزمه أكثر من قيمتها.

11- **مسألة:** (وإن زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها).

إذا غصب أرضًا فزرعها وردها بعد حصاد الزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافًا، لأنه نماء ماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص، ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضى البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما نذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها.

12- **مسألة:** (وإن أدركها ربها والزرع قائم، خُيِّر بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بعوضه، وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين).

فى الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعًا، لأن كل واحد منهما مضمون منفردًا، فكذلك إذا اجتمعا، وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم، فأغلاه فنقص ثلثه، فصار قيمة الباقى نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كانت قيمة الباقى ثلثى درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل، لأن قيمة الباقى لم تنقص، وإن خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه، وهل يجب فى العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت؟ على وجهين.

فصل: وإن غصب عبداً فَسمَن سمنًا نقصت به قيمته، أو كان شابًا فصار شيخًا، أو كانت الجارية ناهدًا فسقط ثدياها وجبَ أرش النقص، لا نعلم فيه خلافًا ، فإن كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمانه لأن الفائت لا يقصد قصدًا صحيحًا، فأشبه الصناعة المحرمة.

ولنا: أنه نقص فى القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور.

فصل: وإن نقص المغصوب نقصًا غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده، أو عفن وخشى تلفه فعليه ضمان نقصه ، وهذا منصوص الشافعى وله قول آخر: إنه لا يضمن نقصه، وقال القاضى: لا يلزمه بدله، لأنه لا يعلم قدر نقصه، وكلما نقص شيئًا ضمنه لأنه يستند إلى السبب الموجود فى يد الغاصب، فكان كالموجود فى يده، وقال أبو الخطاب: يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه، وقال أبو حنيفة: يتخير بين

قوله: أدركها والزرع قائم، يعنى استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه، متى أدركها ربها والزرع قائم لم يملك إجبار الغاصب على قلع الزرع، وخُير المالك بين أن يقر الزرع فى الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون له الزرع، وهذا قول أبى عبيد، وقال أكثر الفقهاء: يملك إجبار الغاصب على قلعه، لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» لأنه زرع فى أرض غيره ظلمًا أشبه الغرس.

ولنا: ما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شىء وعليه نفقته»(8) رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن صحيح، فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على القلع، لأنه ملك للمغصوب منه، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه، كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر، أو غصب لوحًا فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب فى اللجة، وينتظر حتى ترسى صيانة للمال عن التلف، كذا هذا، وفارق الشجر، لأن مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدى إلى ترك

---

(8) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٠٣) بلفظ: «وله بنفقته» والترمذى (٣/ ١٣٦٦) وابن ماجه (٢/ ٢٤٦٦) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٥).

إمساكه ولا شيء له، أو تسليمه إلى الغاصب، ويأخذ من قيمته، لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز، كما لو باع قفيزًا جيدًا بقفيز رديء ودرهم.

ولنا: أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبدًا فمرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن، وقال: لا يضمن ما نقص قولاً واحدًا ولا يضمن ما تولد منه، لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح، لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضًا، وقد يكون العفن بسبب منه، ثم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده، فلا فرق، وقول أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس ببدل عنه، وقول أبي الخطاب لا بأس به.

٨٦٣- **مسألة:** قال: **(وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم، كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة، وإن استُحقت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الأرض)**.

قوله: «فأدركها ربها» يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله «استحقت» يعني أخذها مستحقها، فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافًا وذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص، ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضًا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له، وبهذا قال أبو عبيد، وقال أكثر الفقهاء: يملك إجبار الغاصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[(١٩)] ولأنه زرع في أرض غيره ظلمًا أشبه الغراس.

رد الأصل بالكلية، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه، وهو أولى من إبطال أحدهما، إذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك، لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره، كما لو ترك في الدار طعامًا يحتاج في نقله إلى مدة، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك، كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:

إحداهما: قيمة الزرع، لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاعه منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك كان ملكًا له يأخذه فيكون أخذ المالك له تملكًا له إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته، كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع، لأن الزرع كان محكومًا له به، وقد شغل به أرض غيره.

---

(١٩) تقدم برقم (١٣) من كتاب العارية.

ولنا: ما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شىء وعليه نفقته»[٢٠] رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن، فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه، لأنه ملك للمغصوب منه، وروى أن النبى ﷺ رأى زرعًا فى أرض ظُهير فأعجبه فقال: «ما أحسن زرع ظهير» فقال: إنه ليس لظهير ولكنه لفلان قال: «فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته» قال رافع: فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته[٢١]، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحًا فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب فى اللجة وينتظر حتى ترسى صيانة للمال عن التلف، كذا ها هنا ولأنه زرع حصل فى ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لأنه مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدى إلى ترك رد الأصل بالكلية وحديثهم ورد فى الغرس، وحديثنا فى الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه وذلك أولى من إبطال أحدهما، إذا ثبت هذا فمتى رضى المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك، لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك فى الدار طعامًا أو أحجارًا يحتاج فى نقله إلى مدة، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشترى بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان: **إحداهما:** قيمة الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكًا له، ولو لم يكن ملكًا له لما ملكه بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكًا له إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته لما لو أخذ الشقص المشفوع،

والرواية الثانية: يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع فى الحرث والسقى وغيره، وهذا الذى ذكره القاضى، وهو ظاهر كلام الخرقى، وظاهر الحديث، لقوله: «عليه نفقته» وقيمة الشىء لا تسمى نفقة له، والحديث مبنى على هذه المسألة، فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانًا على خلاف القياس، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر، لأنه نماء ماله فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضًا له، كان النماء له، وقد صرح به أحمد فقال: هذا شىء لا يوافق القياس أستحسن أن يدفع إليه نفقته للأثر، ولذلك جعلناه للغاصب إذا أخذت منه الأرض بعد أخذه الزرع، وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله، ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه الأجرة، كما إذا رجع المستعير.

---

(٢٠) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٠٣) بلفظ: «وله نفقته» والترمذى (٣/ ١٣٦٦) وابن ماجه (٢/ ٢٤٦٦) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٥).

(٢١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٩٩) والنسائى (٧/ ح ٣٧٩٨) وإسناده صحيح.

ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع لأن الزرع كان محكومًا له به وقد شغل به أرض غيره، **والرواية الثانية**: أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذرة ومؤنة الزرع فى الحرث والسقى وغيره، وهذا الذى ذكره القاضى وهذا ظاهر كلام الخرقى وظاهر الحديث لقوله ﷺ: «عليه نفقته» وقيمة الشىء لا تسمى نفقة له، والحديث مبنى على هذه المسألة فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانًا على خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذرة لأنه نماء عين ماله، فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضًا له أو طعامًا فعلفه دواب له كان الماء له، وقد صرح به أحمد فقال: هذا شىء لا يوافق القياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له، وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله.

فصل: فإن كان الزرع مما يبقى أصوله فى الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله فى عموم الزرع، لأنه ليس له فرع قوى فأشبه الحنطة والشعير، واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس لبقاء أصوله وتكرر أخذه، ولأن القياس يقتضى أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس.

فصل: وإن غصب أرضًا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهى له، وإن أدركها والثمرة فكذلك لأنها ثمرة شجره فكانت له، كما لو كانت فى أرضه ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضى: هى لمالك الأرض إن أدركها فى الغراس، لأن أحمد قال فى رواية على بن سعيد: إذا غصب أرضًا فغرسها فالنماء لمالك الأرض، قال القاضى: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة فى معنى الزرع فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائمًا فيها كالزرع، والأول أصح، لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شىء لا يوافق القياس، وإنما صار إليه

فصل: فإن كان مما تبقى أصوله فى الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله فى عموم الزرع، لأنه ليس له فرع قوى أشبه الحنطة والشعير، واحتمل أن حكمه حكم الغرس لبقاء أصله وتكرر أخذه، ولأن القياس يقتضى أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر، ففيما عداه يبقى على قضية القياس.

فصل: فإن غصب أرضًا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهى له، فإن أدركها والثمرة فيها فكذلك، لأنها ثمرة شجره فكانت له، كما لو كانت فى أرضه، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضى: هى لمالك الأرض إن أدركها فى الغراس، لأن أحمد قال فى رواية على بن سعيد: إذا غصب أرضًا فغرسها فالنماء لمالك الأرض، قال القاضى: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة، لأن الثمرة فى معنى الزرع، فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائمًا

للأثر فيختص الحكم به ولا يعدى إلى غيره، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين: **أحدهما**: أن الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها، والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه، **الثانى**: أنه يرد عوض الزرع الذى أخـذه مثل البـذر الذى نبت منه الزرع مع ما أنـفق عليه ولا يمكنه مـثل ذلك فى الثمر.

فـصل: وإن غصب شجراً فأثمر فالثمـر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه، لأنه نمـاء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه،وعليه رد الثمر إن كان باقيًا وإن كان تالفًا فعليه بدله وإن كان رطبًا فصار تمرًا أو عنبًا فصار زبيبًا فعليه رده وأرش نقصه إن نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لأن أجرتها لا تجوز فى العقود فكذلك فى الغصب، ولأن نفع الشـجر تربية الـثمر وإخراجـه وقد عادت هذه المنـافع إلى المالك، ولو كانت ماشـية فعليه ضمـان ولدها إن ولدت عنده ويضمن لبنها بمـثله، لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن.

فـصل: وإذا غصب أرضًا فحكمها فى جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب، فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجـز لغير مالكها دخولها، لأن ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير إذنه كما لو كانت فى يده، قال أحمد: فى الضيعة تصير غيضة فيها سمك: لا يصيد فـيها أحد إلا بإذنهم وإن كانت صحـراء جاز الدخول فيها وَرَعْىُ حشـيشها، قـال أحـمد: لا بأس برعـى الكلأ فى الأرض المـغصـوبة وذلك لأن الكـلأ لا يُمْلَكُ بملك الأرض، ويتخرج فى كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخـرى قياسًا لها عليها، ونقل عنه

فيها كالزرع، قال شيخنا: والأول أصح، لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس، وإنما صـار إليه للأثر فيختص الحكم به ولا يتعدى إلى غـيره، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين: **أحدهما**: أن الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها، والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه، **الثـانى**: أنه يرد عوض الزرع إذا أخذه مثل البذر الذى نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك فى الثمرة.

فـصل: وإن غصب شجراً فأثمر فالثمـر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه، لأنه نمـاء ملكه، ولأن الشجر عين ملكه نمـى وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه، ويرد الثمـر إن كان باقيًا وبدله إن تلف، وإن كان رطبًا فصار تمرًا، أو عنبًا فـصار زبيبًا فعليه رده وأرش نقصه إن نقص ولا شيء له بعمله فـيه ولا أجرة عليـه للشجر، لأن أجـرتها لا تجوز فى العـقود فكذلك فى الغصب، ولأن نفع الشـجر تربية الثمـر وإخراجه، وقد عـادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشـية فعليه ضمـان ولدها إن ولدت عنده وضمان لبنها بمـثله، لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن، وفى ضـمان زوائد الغصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتى.

المروذى فى رجل والداه فى دار طوابقها غصب لا يدخل على والديه، وذلك لأن دخوله عليهما تصرف فى الطوابق المغصوبة، ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد(*) فى رجل له إخوة فى أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فإن أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعنى يزورهم بحيث يأتى باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم، ونقل المروذى عنه: أكره المشى على العبَّارة التى يجرى فيها الماء وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها، وربما كان المشى عليها يضر بها، وقال أحمد: لا يدفن فى الأرض المغصوبة لما فى ذلك من التصرف فى أرضهم بغير إذنهم، وقال أحمد، فيمن ابتاع طعامًا من موضع غصب ثم علم: رجع إلى الموضع الذى أخذه منه فرده، وروى عنه أنه قال: يطرحه، يعنى على من ابتاعه منه، وذلك لأن قعوده فيه حرام منهى عنه فكان البيع فيه محرمًا، ولأن الشراء ممن يقعد فى الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه، وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال: لا يبتاع من الخانات التى فى الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال فى السلطان إذا بنى دارًا وجمع الناس إليها: أكره الشراء منها، وهذا ـ إن شاء الله تعالى ـ على سبيل الورع لما فيه من الإعانة على الفعل المحرم، والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة فى الدار المغصوبة فى رواية وهى عبادة فما ليس بعبادة أولى، وقال فيمن غصب ضيعة وغُصِبَت من الغاصب فأراد الثانى ردها: جمع بينهما، يعنى بين مالكها والغاصب الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته، إنما قال هذا احتياطًا خوف التبعة

13- مسألة: (وإن غرس أو بنى أخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الأرض وأرش نقصها وأجرتها).

متى غرس فى أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها وطلب صاحب الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافًا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبى ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق» رواه الترمذى، وقال: حديث حسن، وروى أبو داود وأبو عبيد فى الحديث أنه قال: فلقد أخبرنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلاً غرس فى أرض رجل من الأنصار من بنى بياضة فاختصما إلى النبى ﷺ فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله، قال: فلقد رأيتها يضرب فى أصولها بالفئوس وأنها لنخل عُمٌّ(9) ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذى لا حرمة له فى نفسه بغير إذنه فلزمه تفريغه، كما لو جعل فيه قماشًا، وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه، لأنه ضرر حصل فى ملك غيره بفعله فلزمته إزالته.

(*) أبو يحيى الفضل بن عبد الصمد الأصفهانى، ذكره أبو بكر الخلال فقال: رجل جليل، لزم طرسوس إلى أن مات فى الأسر وعنده جزء مسائل عن أبى عبد الله، انظر طبقات الحنابلة (١/ ٢٥٤)

(9) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٧٤) وفى الإرواء (٥/ ٣٥٤، ٣٥٥) والحديث إسناده حسن.

من الغاصب الأول لأنه ربما طالب بها وادعاها ملكًا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا فى رواية عبد الله فى رجل استودع رجلاً ألفًا فجاء رجل إلى المستودع فقال: إن فلانًا غصبنى الألف الذى استودعكه وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه.

٨٦٤- **مسألة:** قال: **(ومن غصب عبدًا أو أمة وقيمته مائة فزاد فى بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما عُلِّم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة).**

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردها، لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها.

ولنا: أنها زيادة فى نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل، وفارق زيادة السعر فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهى صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهى موجودة فلم يردها وأجريناها هى والتعلم مجرى السمن الذى هو عين، لأنها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة فى يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب، لأنها زيادة فى العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضًا لأنها تابعة للعين، فأما إن غصب العين سمينة أو ذات

فصل: فإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك، لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثًا أو حيوانًا، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله ذلك، لأنها ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة، لأنه معاوضة فلم يجبر عليها، وإن اتفقا على تعويضه عنه جاز، لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص من قلعه فقبله المالك جاز، وإن أبى قبوله وكان فى قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله، وإن لم يكن فيه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله، لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت، ويحتمل أن لا يجبر، لأن فيه إجبارًا على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غصب أرضًا وغراسًا من رجل واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض، فإن طالبه المالك بقلعه وله فى قلعه غرض أجبر على قلعه، لأنه فوت عليه غرضًا مقصودًا بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس، لأنه نقص حصل فى يد الغاصب أشبه ما لو غصب طعامًا فتلف بعضه، وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه، لأنه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر، لأن المالك محكم فى ملكه والغاصب غير محكم، فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه، لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

صناعة أو تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافًا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصًا أثر فى قيمتها فوجب ضمانها كما لو أذهب عضواً من أعضائها.

فصل: إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفًا ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة، ردها ورد ألفًا وتسعمائة ، وإن بلغت بالسمن ألفًا ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت ألفًا ثم نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفًا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وإن سمنت فبلغت ألفًا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة، لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه، وأما إذا بلغت بالسمن ألفًا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت فعادت إلى ألف ففيه وجهان: **أحدهما:** يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين فإن ملك الإنسان لا ينجبر بملكه، لأن الزيادة الثانية غير الأولى فعلى هذا إن هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة، **والوجه الثانى:** أنه إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لأنه عاد ما ذهب فأشبه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب، وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من شواهده، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت فى السمن الأول

فصل: والحكم فيما إذا بنى فى الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه ، إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن فى النقض غرض صحيح، لأن النقض سفه، والأول أصح لما روى الخلال بإسناده عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من بنى فى رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض»(10) ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها، وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا فى الغرس.

فصل: وإن غصب أرضًا فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طالبه المالك وكان فيه غرض ، وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين، وإن منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان فى رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وإن أخذ تراب أرض فضربه لَبِنًا رده ولا

---

(10) أخرجه البيهقى (٦/ ٩١) وقال: عمر بن قيس المكى ضعيف لا يحتج به، ومن دونه أيضًا ضعيف، وابن عدى فى الكامل (٥/ ٨) وقال: وعمر بن قيس مندل هذا له حديث كثير وعامة ما يرويه لا يتابع عليه، وخالد نزار يحدث عنه بنسخة وفيها عجائب، وقال أيضًا: وعمر ضعيف بالإجماع لم يشك أحد فيه. اهـ.

أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل الأخرى فيها، وعلى الوجه الأول يضمنهما جميعًا، فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول، لأن العلم الثانى هو الأول فـقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علمًـا آخر أو صناعة أخرى فـهو كـعود السـمن فيـه وجهـان ذكر هذا القـاضى وهو مذهب الشـافعى، وقـال أبو الخطاب: متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففى ذلك وجهان، سواء كانا من جنسين كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعليم، والأول أولى.

فـصـل: وإن مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عـينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمنًا نقصها ثم خف سمنها فعـاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه، لأنـه لم يذهب ما له قيمة والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئًا فإن رد المغصوب ناقصًا بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه فى يدى مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه، لأنه استقر ضمانه برد المغصوب، وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك.

فـــصـل: زوائد الغصب فى يـد الغاصب مضـمونة ضمـان الغصب مثل الـسمن وتعلم الصناعة وغيرها وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شىء منه فى يد الغاصب ضمنه، سواء تلف منفردًا أو تلف مع أصله، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة ومالك: لا يجب ضمان

شىء له إلا أن يجعل فـيه تبنًا له فله أن يحله ويأخذ تبنه، فـإن كان لا يحصل منه شىء فـفيه وجهان بنـاء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيـمة وسنذكره، وإن طالبه المـالك بحله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض، فإن لم يكن فيه غرض فـعلى وجهين، فإن جعله آجرًا أو فخارًا لزمه رده ولا أجر لـه لعلمه وليس له كـسره ولا للمـالك إجبـاره عليه، لأنه سـفه وإتلاف للـمال وإضاعة، وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعة المال[1].

فـصل: وعليه ضمان نقص الأرض إن نقصت بالغرس والبناء، وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصًا مستقرًا كإناء تكسر وطعام سوس، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا شق لرجل ثوبًا شقًا قليلاً أخذ أرشه، وإن كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمتـه وبين إمساكه مع الأرش، وروى عن أحمد كلام يحـتمل هذا، فإنه قال فى رواية موسى بن سـعيد: إن شاء شق الثـوب وإن شاء مثله، يعنى ـ والله أعلم ـ إن شــاء أخذ أرش الشق، ووجهه أن الجناية أتلفت معظم نـفعه فكانت له المطالبة بقيمته، كـما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مـالك عنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحـبها فيها كـان المجنى عليه

---

[1] أخرجه البخارى (١١/ح ١٤٧٣/ فتح) ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٤١/ ح ١٢) والدارمى (٢/ ح ٢٧٥١) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥).

زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من أدائها لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة، ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله، لأنه انبنى على وجود الزوائد فى يده ووجودها ليس بفعل محرم منه.

ولنا: أنه مال المغصوب منه حصل فى يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل، وقولهم: إن إثبات يده ليس من فعله، لا يصح، لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محظور.

فصل: وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء، وحكى عن أبى ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن.

ولنا: أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شىء، كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين، وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت فى التقويم، بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن، فإنه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها، وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين وإنما حقه فى العين، وهى باقية كلها كما كانت، ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل فى الغصب بخلاف زيادة العين فإنها مغصوبة وقد ذهبت.

بالخيار إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى ينبنى على ذلك، لأنه أتلف غرضه به فإنه لا يركبه فى العادة، وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها.

ولنا: أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته، كما لو كان الشق يسيراً، ولأنها جناية تنقص بها القيمة أشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها، وفى الشاة أتلف جميعها، لأن الاعتبار بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه، لأنه إن لم يصلح لصاحبه صلح لغيره، وعليه أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمه، وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله، سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده، لأنها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتى - إن شاء الله تعالى - وإن غصب أرضاً فبناها داراً، فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها، لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله، وإن بناها بتراب منها وآلات المغصوب منه فعليه أجرها مبنية، لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون فى مقابلته أجر، لأنه وقع عدواناً.

فصل: وإن غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة

فصل: ولو غصب شيئًا فشقه نصفين وكان ثوبًا ينقصه القطع رده وأرش نقصه، فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص، وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير، وإن كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك، وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خُفٍّ ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما، فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم، وفيه وجه آخر: لا يلزمه إلا قيمة التالف مع رد الباقي، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأنه لم يتلف غيره، ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص بتغير الأسعار، والصحيح الأول، لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه، بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى، وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به، وهذا هو الواجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه.

فصل: وإن غصب ثوبًا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه، فلو غصب ثوبًا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة، لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة، فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه، وكذلك لو رخصت الثياب

من حين نقضها إلى حين ردها، لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم كذلك، وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرها عَرْصَةً منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها دارًا فيما قبل ذلك وبعده، لأن البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وإن كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها لم يختلف الحكم، وللمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه، فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الأعيان، لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه، وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري من الأجر إلا بأجرة مدة مقامها في يديه، لأن يده إنما تثبت حينئذ.

14- **مسألة: (وإن غصب لوحًا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسى)**.

إذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، وإن كان في أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعه ولصاحب اللوح طلب قيمته، فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة، كما لو غصب عبدًا فأبق.

فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب، ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرة، لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها.

فصل: وإن غصب ثوبًا أو زوليًا فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه أرش نقصه، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معًا: الأجر وأرش النقص، سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بغيره، وقال بعض أصحاب الشافعي: إن نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقى عنده مدة ضمن الأجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان: **أحدهما**: يضمنهما معًا، **والثاني**: يجب أكثر الأمرين من الأجر وأرش النقص، لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر، ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك.

ولنا: أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه، فإذا اجتمعا وجبا، كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الأجزاء، ولذلك يجب الأجر وإن لم تفت الأجزاء، وإن لم يكن للمغصوب أجر كثوب غير مخيط فلا أجر على الغاصب، وعليه ضمان نقصه لا غير.

فصل: إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشترى فله أن يضمن من

وقال أبو الخطاب: إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وإن كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوجهين، والثاني يقلع في الحال، لأنه أمكن رد المغصوب فلزمه وإن أفضى إلى تلف مال الغاصب كرد الساجة المبنى عليها، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

ولنا: أنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف فلم يجز مع الإتلاف، كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء، لأنه لا يمكن ردها من غير إتلاف.

15- **مسألة: (وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب، فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين).**

هذه المسألة لا تخلو من ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب رده، لأنه يتضمن تفويت ذى حرمة أشبه ما لو خاط به ثوبًا، **الثاني**: أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمى، فإن خيف من نزعه الهلاك أو أبطأ برؤه فلا يجب، لأن الحيوان آكد حرمة من غير المال، ولهذا جاز له أخذ مال غيره لحفظ حياته وإتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله، وكذلك الدواب التى لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلى، **الثالث**: أن يخيط به جرح حيوان مأكول، فإن كان ملكًا لغير

شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، لأنه فى ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلف، وإن ضمن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه، لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه، وإن كان له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها، وإن شاء رجع على المشترى بأجر مقامه فى يده والباقى على الغاصب، والكلام فى رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فصل: وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديداً فعمله سكاكين وأوانى أو خشبة فنجرها باباً أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شىء للغاصب فى زيادته فى الصحيح من المذهب، وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة فى هذه المسائل كلها: ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه، فإن محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روى أن النبى ﷺ زار قوماً من الأنصار فى دارهم فقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال: «إن هذه الشاة لتخبرنى أنها أخذت بغير وجه حق» فقالوا: نعم يا رسول الله، طلبنا فى السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الأنصار جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها، فقال النبى ﷺ: «أطعموها الأسرى»[٢٢] رواه أبو داود بنحو من هذا، وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها ولولا ذلك لأمر بردها عليهم.

الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع، لأن فيه إضراراً بصاحبه، ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر، وإن كان للغاصب فقال القاضى: يجب رده، لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز، وإن حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقض البناء، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا، **والثانى**: لا يجب قلعه، لأن للحيوان حرمة فى نفسه وقد نهى النبى ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[12] ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، قال شيخنا: ويحتمل أن يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وبين ما لا يعد له كالخيل وما يقصد صوته من الطير، فيجب ذبح الأول إذا توقف رد الخيط عليه، ولا يجب ذبح الثانى، لأنه إتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه، ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده.

---

(٢٢) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٣٣٢) وأحمد فى مسنده (٥/ ٢٦٤) وإسناده صحيح.

(12) أخرجه النسائى (٧/ ح ١٣٦٠) بلفظ: «ما من إنسان قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عز وجل عنها» قيل: يا رسول الله وما حقها، قال «يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها يرمى بها».

ولنا: أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها إليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها، ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم، ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمى فلم يزله إذا فعله آدمى كالذى ذكرناه، فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه، وليس فى رواية أبى داود: ونحن نرضيهم عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شىء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد، وهذا مذهب الشافعى وذكر أبو الخطاب: أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه، ومنافعه أجريت مجرى الأعيان، فأشبه ما لو غصب ثوبًا فصبغه، والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضى، لأن الغاصب عمل فى ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضًا كما لو أغلى زيتًا فزادت قيمته أو بنى حائطًا لغيره أو زرع حنطة إنسان فى أرضه وسائر عمل الغاصب، فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله فى ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه يجعله فى ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع فى أرض غيره يرد عليه نفقته، قلنا: الزرع ملك للغاصب، لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه، وفى مسألتنا عمله فى ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغيًا، على أننا نقول: إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين، فأما إن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص، وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معًا كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول فى كل ما تصرف فيه

16- مسألة: (فإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدميًا معصومًا).

لأن غير الآدمى لا حرمة له بعد الموت، وحرمة الآدمى باقية، ولهذا قال ﷺ: «كسر عظم الميت ككسره وهو حى»[13] فعلى هذا يرد قيمته.

17- مسألة: (وإن غصب جارحًا فصاد أو شبكة أو شركًا فأمسك شيئًا أو فرسًا فصاد عليه أو غنم، فهو لمالكه).

كما لو غصب عبدًا فصاد فإن الصيد لسيد العبد، ويحتمل أنه للغاصب، لأن الصائد والجارحة آلة، ولهذا اكتفى بتسميته عند إرسال الجارح، وفيما إذا غصب فرسًا أو سهمًا أو شبكة فصاد به وجه آخر أنه للغاصب، لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره، فإن قلنا: هو للغاصب، فعليه أجرة ذلك كله مدة مقامه فى يده - إن كان له أجر - وإن قلنا: هو للمالك، لم يكن له أجر فى مدة اصطياده فى أحد الوجهين، لأن منافعه فى هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضها على غيره، كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته، **والثانى:** عليه أجر المثل، لأنه استوفى منافعه أشبه ما لو لم يصد، ولو

---

(13) أخرجه أبو دود (٣/ ٣٢٠٧) بلفظ: «ككسره حيًا» وابن ماجه (١/ ١٦١٦) وأحمد فى مسنده (٦/ ١٠٥) والبيهقى فى السنن (٤/ ٥٨) وإسناده صحيح.

مثل نقرة ضربها دراهم أو حليّا أو طينًا جعله لبنًا أو غـزلاً نسجه أو ثوبًا قصره، وإن جعل فيه شيئًا من عين ماله مثل أن سمر الرفوف بمسامير من عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه، وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة؟ على وجهين، وإن كان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذى ذكرناه فالأجر عليه، والحكم فى زيادته ونقصه كما لو ولى ذلك بنفسه، إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصابًا فذبح شاة فللمالك أخذها وأرش نقصها ويغرم من شاء منهما، فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجع على الغاصب، لأنه غره وإن علم القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد، لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالمًا بالحال، وإن ضمن الغاصب رجع على القصاب، لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره.

فصل: وإن غصب حبّا فزرعه فصار زرعًا أو نوى فصار شجرًا أو بيضًا فحضنه فصار فرخًا فهو للمغصوب منه، لأنه عين ماله نمى فأشبه ما تقدم، ويتخرج أن يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة فى الفصل السابق، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخًا فهم لمالكها ولا شيء للغاصب فى علفها، قال أحمد فى طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم: يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل، وإن

غصب عبدًا فصاد أو كسب فالكسب للسيد، وفى وجوب أجرة العبد على الغاصب فى مدة كسبه وصيده الوجهان، وإن غصب منجلاً فقطع به خشبًا أو حشيشًا فهو للغاصب، لأن هذه آلة فهو كالحبل يربط به.

18- مسألة: (وإن غصب ثوبًا فقصره، أو غزلاً فنسجه، أو فضة أو حديدًا فضربه، أو خشبًا فنجره، أو شاة فذبحها وشواها، رد ذلك بزيادته وأرش نقصه) .

ولا شيء له، هذا ظاهر المذهب، وهو قول الشافعى، وقال أبو حنيفة فى هذه المسائل: ينقطع حق صاحبها عنها، إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة، إلا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه، فإن محمدًا مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روى أن النبى ﷺ زار قومًا من الأنصار فى دارهم فقدموا إليه شاة مشوية، فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها، فقال: «إن هذه الشاة لتخبرنى أنها أخذت بغير حق» قالوا: نعم يا رسول الله، طلبنا فى السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعموها الأسرى»[14] رواه أبو

---

(14) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٣٣٢) وأحمد فى مسنده (٥/ ٢٩٤) وإسناده صحيح.

غصب شاة فأنزى عليها فحلاً فالولد لصاحب الشاة، لأنه من نمائها، وإن غصب فحلاً فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الأم ولا أجرة له لأن النبى ﷺ نهى عن عسب الفحل(٢٣)، وإن نقصه الضراب ضر نقصه.

فصل: وإن غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين، وقال أبو حنيفة: يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما، وإن خلطها بمثلها من ماله ملكها لأنه تعذر تسليمها بعينها، فأشبه ما لو تلفت.

ولنا: أنه فعل فى المغصوب على وجه التعدى لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة.

فصل: وإن غصب عبدًا فصاد صيدًا أو كسب شيئًا فهو لسيده، وإن غصب جارحًا كالفهد والبازى فصاد به، فالصيد لمالكه لأنه من كسب ماله، فأشبه صيد العبد، ويحتمل أنه للغاصب، لأنه الصائد والجارحة آلة له، ولهذا يكتفى بتسميته عند إرساله الجارح، وإن غصب قوسًا أو سهمًا أو شبكة فصاد به، ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة، لأنه حاصل به، فأشبه نماء ملكه وكسب عبده، **والثانى**: للغاصب لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات، فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره، فإن قلنا: هو للغاصب، فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه فى يديه إن كان له أجر، وإن قلنا: هو للمالك، لم يكن له أجر فى مدة اصطياده فى أحد الوجهين، لأن الأجر فى مقابلة منافعه ومنافعه فى هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم

داود بنحو من هذا، وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها، لولا ذلك لأمر بردها عليهم.

ولنا: أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها إليه، كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه، فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراهم، ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمى فلم يزله إذا فعله آدمى كالذى ذكرناه، وأما الخبر فليس بمعروف، كما رووه فى رواية أبى داود: ونحن نرضيهم عنها، إذا ثبت هذا فإنه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد، وهذا مذهب الشافعى، وعنه يكون شريكًا بالزيادة، ذكرها أبو الخطاب، لأنها حصلت بمنافعه، والمنافع أجريت مجرى الأعيان أشبه ما لو غصب ثوبًا فصبغه، والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضى، لأن الغاصب عمل فى ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضًا، كما لو أغلى زيتًا فزادت قيمته أو بنى حائطًا لغيره أو زرع حنطة إنسان فى أرضه، فأما صبغ الثوب، فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره، وهذا حجة عليه، لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله

---

(٢٣) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٨٤/ فتح) وأبو داود (٣/ ح ٣٤٢٩) والترمذى (٣/ ح ١٢٧٣) والنسائى (٧/ ح ٤٦٨٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٤).

يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته، والثانى: عليه أجر مثله لأنه استوفى منافعه، أشبه ما لو لم يصد شيئًا.

٨٦٥- **مسألة:** قال: **(ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد، وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)**.

وجملة ذلك: أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين، فإن كان عالمًا بالتحريم فعليه حد الزنا لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة، وقال الشافعى: لا مهر للمطاوعة، لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى(٢٤).

ولنا: أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع يدها ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها، والخبر محمول على الحرة، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزء منها، ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة، ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لأنه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ لأنه من زنا، فإن وضعته حيّا وجب رده معها وإن أسقطته ميتًا لم يضمن لأننا لا نعلم حياته قبل هذا، وهذا قول القاضى وهو الظاهر من مذهب الشافعى عند أصحابه، وقال القاضى أبو الحسين(٢٥): يجب ضمانه بقيمته لو كان حيّا، نص عليه الشافعى لأنه يضمنه لو سقط بضربته، وما ضمن بالإتلاف

فى ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع فى أرض غيره ترد عليه نفقته، قلنا: الزرع ملك للغاصب، لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته، فإذا أخذه مالك الأرض احتسب بما أنفق على ملكه، وفى مسألتنا عمله فى ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغيًا، على أننا نقول: إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين، وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته، لما روى محمد بن الحكم، ووجهه كما ذكرنا، والصحيح الأول.

فصل: **فإن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص**، وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معًا كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول فى كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أو حليّا أو طينًا جعله لبنًا أو غزلاً نسجه أو ثوبًا قصره، لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بعضه، وإن جعل فيه شيئًا من عين ماله مثل أن سمر الدفوف بمساميره فله قلعها

---

(٢٤) أخرجه البخارى (٩/ ح ٥٣٤٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٨/ ح ٣٩) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٨) والترمذى (٣/ ح ١١٣٣) والنسائى (٧/ ح ٤٣٠٣) وابن ماجه (٢/ ح ٢١٥٩) والدارمى (٢/ ح ٢٥٦٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ١١٨، ١٢٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٥٦).

(٢٥) فى المطبوعة: لعله القاضى الحسين.

ضمنه الغاصب بالتلف فى يده كأجر العين والأولى ـ إن شاء الله تعالى ـ أن يضمنه بعشر قيمة أمه، لأنه الذى يضمنه به بالجناية فيضمنه به فى التلف كالأجزاء، وإن وضعته حيّا حصل مضمونًا فى يد الغاصب كالأم، فإن مات بعد ذلك ضمنه بقميته، وإن نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: ينجبر نقصها بولدها.

ولنا: أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتًا فعليه عشر قيمة أمه، وإن ضرب بطنها أجنبى ففيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب رجع على الضارب، وإن ضمن الضارب لم يرجع على أحد، لأن الإتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت، ويدخل فى ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء فى هذه الأحكام كلها حالة الإكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بماوعتها، وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والإثم والتعزير فى موضع يجب، فإن كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله والإثم وإلا فلا.

فصل: وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئًا ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة، وإن حملت فالولد حر لاعتقاده أنها

ويضمن ما نقصت الدفوف، وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شىء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك فيلزمه، وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها فى أقوى الوجهين، وإن استأجر الغاصب على عمل شىء من هذا الذى ذكرناه فالأجر عليه والحكم فى زيادته ونقصه، كما لو فعل ذلك بنفسه، وللمال تضمين النقص من شاء منهما، فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم الأجير الحال، وإن ضمن الأجير رجع على الغاصب، لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالمًا بالحال، وإن ضمن الغاصب رجع على الأجير، لأن النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالأجير.

19- مسألة: (وإن غصب أرضًا فحفر فيها بئرًا ووضع ترابها فى أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها فى أحد الوجهين).

إذا طالبه المالك بطمها لزمه، لأنه يضر بالأرض، ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض، وكذلك لو حفر فيها نهرًا أو حفر بئرًا فى ملك رجل بغير إذنه، وإن أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا، فإن كان له غرض فى طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله ذلك

ملكه ويلحقه بالنسب لموضع الشبهة وإن وضعته ميتًا لم يضمنه، لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لأجل الحـيلولة، وإن وضعته حيّا فعليه قيـمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه أول حال انفصاله لأنه أول حال إمكان تقويمه، ولأن ذلك وقت الحـيلولة بينه وبين سيده، وإن ضرب الغـاصب بطنها فألقت جنينًا ميتًـا فعليه غرة عـبد أو أمة قيمـتها خمس من الإبل موروثة عنـه لا يرث الضارب منها شيـئًا، لأنه أتلف جنينًا حرّا وعليـه للسيد عـشر قيـمة أمه لأن الإسقـاط لما اعتـقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المـماليك ولهذا لو وضعته حيّا قومناه مملوكًا، وإن كان الضارب أجنبيّا فعليه غـرة دية الجنين الحر لأنه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة أمه، لأنه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف فى يديه، والحكم فى المهـر والأرش والأجر ونقص الولادة وقيمتهـا على ما مضى إذا كانا عالمين لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية.

٨٦٦- **مـسألة:** قال: (**وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشترى وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مـثلها، وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب**).

لما فيه مـن الغرض، وبه قال الشافعى، وإن لم يكن له غرض مـثل أن يكون قد وضع التراب فى ملك المغـصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بـها لم يكن له طمها فى أحـد الوجهين، لأنه إتلاف لا نفع فيـه فلم يكن له فعله، كـما لو غصب نقـرة فطبعهـا دراهم ثم أراد ردها نقرة، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وبعض الشافعيـة، وقال بعضهم: له طمها، وهو الوجه الثانى لنا لأنه لا يبرأ من الضمـان بإبراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بـعد، وهو أيضًا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها.

ولنا: أن الضمان إنمـا يلزمه لوجود التعدى فإذا رضى صـاحب الأرض زال التعدى فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما يجب إنما هو إسـقاط التعدى برضاه به، وهكذا ينبغى أن يكون الحكم إذا لم يتلفظ بالإبراء لكن منعه من طمها، لأنه يتضمن رضاه بذلك.

20- **مـسألة:** (**وإن غصب حبّا فزرعه أو نوى فصار غـرسًا أو بيضًا فصار فراخًا رده ولا شىء للغاصب**).

لأنه عين مال المغصوب منه ويتخرج أن يـملكه الغاصب، كما إذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غـيره بفعله، فالتغـيير فى البيضـة أعظم، فإنه استحال بزوال اسـمه، فعلى هذا يتخرج أيضًا أن يكون شريكًا بالزيادة كالمسألة الأولى.

فـصل: وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخًا فهما لمالكها ولا شىء للغـاصب فى علفهـا، قال أحمد فى طيرة جـاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم: يردها

وجملة ذلك: أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعه فاسد لأنه يبيع مال غيره بغير إذنه، وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وقد ذكرنا ذلك فى البيع، وفيه رواية ثالثة: أن البيع يصح وينفذ لأن الغصب فى الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك والمشترى لأن المالك لا يملك ثمنها والمشترى لا يملكها، والتفريع على الرواية الأولى، والحكم فى وطء المشترى كالحكم فى وطء الغاصب إلا أن المشترى إذا ادعى الجهالة قُبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لأن الغاصب أخذها بغير حق، وقد قال النبى ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٢٦) وللمشترى أخذ مال غيره بغير حق أيضًا فيدخل فى عموم الخبر، ولأن مال غيره فى يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى، ويلزم المشترى المهر لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة، وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده أنه يطأ مملوكته، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقًا ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء، هذا الصحيح فى المذهب وعليه الأصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشترى لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا فى حال العلوق أحرارًا ولم يكن لهم قمية حينئذ، قال الخلال: أحسبه قولاً لأبى عبد الله أول، والذى أذهب إليه: أنه يفديهم، وقد نقله ابن منصور أيضًا وجعفر بن محمد، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ويفديهم ببدلهم يوم الوضع، وبهذا قال الشافعى، وقال

وفراخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل، وإن غصب شاة فأنزى عليها فحله فالولد لصاحب الشاة، لأنه من نمائها وإن غصب فحلاً فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة، لأنه يتبع الأم ولا أجرة له، لأن النبى ﷺ نهى عن عسب الفحل(15)، وإن نقصه الضراب ضمنه، وإن نقص المغصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقًا كان أو غيره، وبه قال الشافعى، وعن أحمد فى العبد رواية أخرى: أنه يضمن بما يضمن به فى الإتلاف فيجب فى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته، وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنه ضمان لأبعاض العبد فكان مقدرًا من قيمته كأرش الجناية.

ولنا: أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب يحققه أن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجناية على أطراف العبد معدول به عن القياس للإلحاق بالجناية على الحر والواجب هٰهنا

---

(٢٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦١) والترمذى (٣/ ١٢٦٦) وإسناده ضعيف.

(15) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٨٤) وأبو داود (٣/ ح ٣٤٢٩) والترمذى (٣/ ح ١٢٧٣) والنسائى (٧/ ح ٤٦٨٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٤).

أبو حنيفة: يجب يوم المطالبة لأن ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونًا فيقوم يوم وضعه، لأنه أول حال أمكن تقويمه، واختلف أصحابنا فيما يفديهم به، فنقل الخرقى ها هنا أنه يفديهم بمثلهم، والظاهر أنه أراد بمثلهم فى السن والصفات والجنس والذكورية والأنوثية وقد نص عليه أحمد، وقال أبو بكر عبد العزيز: يفديهم بمثلهم فى القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة: أنه يفديهم بقيمتهم، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، وهو أصح ـ إن شاء الله تعالى ـ لأن الحيوان ليس بمثلى فيضمن بقيمته كسائر المتقومات، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته، وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال فى غير هذا الموضع، وقول الخرقى: رجع بذلك كله على الغاصب، يعنى بالمهر وما فدى به الأولاد، لأن المشترى دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض، فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه، فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها، لأنها ملك المغصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذى أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر فى تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكرًا فعليه أرش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها، وإن تلفت فى يده فعليه قيمتها، وكل ضمان يجب على المشترى فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما، لأن يد الغاصب سبب يد المشترى، وما وجب على الغاصب من أجر المدة التى

ضمان اليد وهى لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل وإلحاقه بسائر الأموال المغصوبة على أن فى الجناية على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان، والتفريع على الأول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين منهما، لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما إن كان النقص فى الرقيق مما لا مقدر فيه كنقصه لكبر أو مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير، لا نعلم فيه خلافًا، فإن كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمانه، لأن الفائت لا يقصد قصدًا صحيحًا أشبه الصناعة المحرمة.

ولنا: أنه نقص فى القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور.

21- **مسألة:** (وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين).

وجملة ذلك أنه إذا غصب عبدًا وجنى عليه جناية مقدرة فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية، كما لو جنى عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وإن قلنا: ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو، لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فإن الجناية واليد وجدا جميعًا، فلو غصب وقيمته ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص ألفًا لزمه ألف ورد العبد، لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضمونة

كانت فى يده أو نقص حدث عنده، فإنه يرجع به على الغاصب وحده، لأن ذلك كان قبل يد المشترى، فإذا طالب المالك المشترى بما وجب فى يده وأخذه منه فأراد المشترى الرجوع به على الغاصب نظرت، فإن كان المشترى حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء، لأن موجب الضمان وجد فى يده من غير تغرير، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت فى يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها، لأنه دخل مع البائع على أنه يكون ضامنًا لذلك بالثمن، فإذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع به، وهو بدل الولد إذا ولدت منه، لأنه دخل معه فى العقد على أن لا يكون الولد مضمونًا عليه ولم يحصل من جهته إتلاف، وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلف فيه، وهو مهر مثلها وأجر نفعها، فهل يرجع به على الغاصب؟ فيه روايتان: **إحداهما**: يرجع به وهو قول الخرقى، لأنه دخل فى العقد على أن يتلفه بغير عوض، فإذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولى الشافعى.

والثانية: لا يرجع به وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة، لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها، وهذا القول الثانى للشافعى، وإن رجع بذلك كله على الغاصب فكل ما لو رجع به على المشترى لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشترى، وكل ما لو رجع به على المشترى رجع به المشترى على الغاصب، إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشترى، ومتى ردها حاملاً فماتت من الوضع فإنها مضمونة على الواطئ، لأن التلف بسبب من جهته.

فصل: ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة، فإن كانت حرة كان المهر لها، وإن كانت أمة كان لسيدها، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب المهر، لأنه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته.

ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص ألفًا وخمسمائة، وقلنا: الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد العبد، وإن قلنا: ضمان الجناية فعليه ألف ويرد العبد حسب، وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد، وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

22- **مسألة: (وإن جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الأمرين ويرجع الغاصب على الجانى بأرش الجناية، وله تضمين الجانى أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقى من النقص)**.

إذا غصب عبدًا فقطع آخر يده فللمالك تضمين من شاء منهما، لأن الجانى قطع يده والغاصب حصل النقص فى يده، فإن ضمن الجانى ضمنه نصف القيمة لا غير، ولم يرجع على أحد، لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه، ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة

ولنا: أنه وطء فى غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة، فإذا كان الواطئ من أهل الضمان فى حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة، فإن كانت أمة وجب عليه مهرها، لأنه حق لسيدها فلا يسقط برضاها، وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته فى قطع يدها أو إتلاف جزء منها، وروى عن أحمد رواية أخرى: أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت، نقلها ابن منصور وهو اختيار أبى بكر، والصحيح الأول لأنها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر، ويجب أرش البكارة مع المهر كما قدمنا.

فصل: إذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع، ولمالكه تضمين أيهما شاء أجر مثلها، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك، لأنه دخل فى العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى فى العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى فى العقد، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به، وإن تلفت العين فى يد المستأجر فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها، فإن غرم المتسأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب، لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل فى مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالغصب، وإن علم لم يرجع على أحد، لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف فى يده فاستقر الضمان عليه فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر على كل

إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا: ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئًا، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا: إن ضمان الغصب كضمان الجناية، ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجانى، لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وإن قلنا: إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين، لأن ما وجد فى يده فهو فى حكم الموجود منه، ثم يرجع الغاصب على الجانى بنصف القيمة، لأنها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها.

23- مسألة: (وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته).

إذا غصب عبدًا فقطع خصيبه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها، نص عليه، وبه قال مالك والشافعى، وقال الثورى وأبو حنيفة: يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجانى، لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الأموال.

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر، ولأن المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه، كما لو قطع تسع أصابع، وبهذا ينفصل عما ذكروه، فإن الضمان فى مقابلة التالف لا فى مقابلة الجملة، فإن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الإتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية

حال ويرجع بالقيمة إن كان المتسأجر عالمًا بالغصب وإلا فلا، وهذا قول الشافعى ومحمد بن الحسن فى الفصل كله، وحكى عن أبى حنيفة: أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار، وهذا فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار، فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء.

فصل: وإن أودع المغصوب أو وكل رجلاً فى بيعه ودفعه إليه فتلف فى يده فللمالك تضمين أيهما شاء، أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لإثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الغاصب وكانا غير عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد، وإن غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئًا من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا، وإن علما أنها مغصوبة استقر الضمان عليها لأن التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما، فإن غرما شيئًا لم يرجعا به، وإن غرم الغاصب رجع عليهما، لأن التلف حصل فى أيديهما، وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أو ردها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لأنه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالإتلاف فى يده.

فصل: وإن أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها، فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد، وإن غرم الغاصب

أخرى: أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير، فإنه قال فى رواية أبى الحارث فى رجل فقأ عين دابة: عليه ربع قيمتها، قيل له: فقأ العينين؟ قال: إذا كانت واحدة، فقال عمر: ربع القيمة، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئًا، قيل له: فإن كان بعيرًا أو بقرة أو شاة؟ فقال: هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدرًا فى العين الواحدة من الدابة، وهى الفرس والبغل والحمار خاصة، للأثر الوارد فيه، وما عدا هذا يرجع إلى القياس، واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد ابن ثابت أن النبى ﷺ قضى فى عين الدابة بربع قيمتها، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الآدمى إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن، وهذا إجماع يقدم على القياس، ذكر هذين أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وقال أبو حنيفة: إذا قلع عينى بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها، وفى إحداهما: ربع قيمتها، لقول عمر: أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، والمذهب: أن قدر الأرش ما نقص من القيمة كسائر الأعيان، فأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له، ولو كان صحيحًا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روى عنه أنه قضى فى العين القائمة بخمسين دينارًا.

رجع على المستعير، وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من الأجر؟ فيه جهان: **أحدهما**: يرجع لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه، **والثاني**: لا يرجع، لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الأكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضًا لأنه فوت الملك على مالكه بتسلمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب إن حصل التلف فى يديه وكذلك الحكم فى المودع وغيره.

فصل: **وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب**، فمهما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل فى يديه ولم يغره أحد، وكذلك أجر مدة مقامه فى يديه وأرش نقصه إن حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء، فإن ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره، وقال أبو حنيفة: أيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

ولنا: أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فجيب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فأما الأجرة والمهر وأرش البكارة فهل يرجع به

24- مسألة: (وإن نقصت قيمة العين لتغير الأسعار لم يضمن، نص عليه).

وهو قول جمهور العلماء، وحكى عن أبى ثور أنه يضمنه، لأنه يضمنه إذا تلفت العين فلزمه إذا ردها كالسمن، وذكره ابن أبى موسى رواية عن أحمد.

ولنا: أنه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شىء، كما لو لم تنقص، ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين، وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت فى التقويم، بخلاف ما إذا ردها، فإن القيمة لا تجب، ويخالف السمن فإنه من عين المغصوب، والعلم بالصناعة صفة فيها، ههنا لم تذهب عين ولا صفة، ولأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه فى العين وهى باقية كما كانت، ولأن الغاصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل فى الغصب، بخلاف زيادة العين فإنها مغصوبة، وقد ذهبت.

25- مسألة: (وإن نقصت القيمة لمرض أو غيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شىء إلا رده).

إذا مرض المغصوب ثم برئ أو ابيضت عينه ثم زال بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمنًا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا شىء عليه، لأنه لم يذهب ما له قيمة، والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم

المتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان.

فصل: **وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين: إحداهما:** بطلانها، **والثانية:** صحتها ووقوفها على إجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن فى تصرفات الغاصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء فى ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافًا، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته، ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك.

فصل: **وإذا غصب أثمانًا فاتجر بها أو عروضًا فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له،** وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك، قال الشريف: وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشترى فى ذمته ثم نقد الأثمان فقال أبو الخطاب: يحتمل أن يكون الربح للغاصب، وهو قول أبى حنيفة والشافعى فى أحد قوليه، لأنه اشترى لنفسه فى ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب، وهذا قياس

وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئًا، فإن رد المغصوب ناقصًا بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه، فإن زال عيبه فى يد مالكه لم يلزمه رد ما أخذ، لأنه استقر ضمانه برد المغصوب، وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك.

26- **مسألة:** **(وإن زادت القيمة لسمن أو غيره ثم نقصت ضمن الزيادة).**

إذا زادت قيمة المغصوب فى يد الغاصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبدًا أو أمة وقيمته مائة فزاد بتعليمه أو فى بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده، ويأخذ من الغاصب مائة، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردها، لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها، وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد رواية: أن المغصوب إذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بعينه.

ولنا: أنها زيادة فى نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل، ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر، لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها، والصناعة إن لم تكن

قول الخرقى ويحتـمل أن يكون الربح للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه فكان له كـما لو اشترى له بعـين المال وهذا هو ظاهر المـذهب، وإن حصل خـسران فـهو على الغـاصب لأنه نقص حصل فى المغـصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكـم فى الربح على ما ذكرناه، وليس على المالك من أجـر العامل شيء، لأنه لم يأذن له فى العمل فى مالـه، وأما الغاصب فإن كان المضارب عالمًا بالغصب فلا أجر له، لأنه متعد بالعمل ولم يغره أحد، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله، لأنه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد.

٨٦٧- **مسألة:** قال: (**ومن غصب شيئًا ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة**).

وجملته: أن من غصب شيئًا يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شـردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فـإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المـغصوبة بل متى قدر عليـها لزمه ردها ويسترد قيمتها التى أداها، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمـينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكًا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقـوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله، كما لو خلط زيته بزيته.

من عين المغـصوب فهى صفة فـيه، ولذلك يضمنها إذا طولب برد العـين وهى موجودة فلم يردها، وأجريناها هى والتعليم مجرى السمن الذى هو عـين، لأنها صفة تتبع العين، وأجرينا الزيادة الحادثة فى يد الغـاصب مجرى الزيادة المـوجودة حال الغصب، لأنهـا زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له، لأنها تابعة للعين، فأما إن غصب العين سمينة أو ذات صناعة فهزلت أو نسيت فنقصت قـيمتها فعليه ضمان نقصهـا، لا نعلم فيه خلافًا، لأنها نقصت عن حال غصبها نقصًا أثر فى قيمتها، فوجب ضمانها كما لو ذهب بعض أعضائها.

فـصل: إذا غصبهـا وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفًا ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفيـن ثم هزلت ونسيت فـعادت إلى مائـة ردها ورد ألفًا وثمانـمائة، لأنهـا نقـصت بالهـزال تسعمائة وبالنسـيان، وإن سمنت فبلغت ألفًا ثم هزلت فعادت إلـى مائة ثم تعلمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة، لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضـمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه.

27- **مسألة:** (**فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قـيمتها مائة فسمنت فبلغت ألفًا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت إلى ألف، ففيه وجهان**):

أحدهـما: يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى، كما لو كانا من جنسين، لأن الزيادة الثـانية غـير الأولى، فـعلى هذا إن هزلت مرة ثانيـة فعـادت إلى مائة ضـمن النقصـين بألف

ولنا: أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف، ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرًا، وليس هذا جمعًا بين البدل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض، ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه، ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبدًا، إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان: **أصحهما**: لا يلزمه، لأنه استحق الانتفاع ببدله الذى أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه، **والثانى**: له أجر، لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقيًا بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع فى الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب، وإن كان البدل تالفًا رد مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال.

فصل: وإن غصب عصيرًا فصار خمرًا فعليه مثل العصير لأنه تلف فى يديه، فإن صار خلاً وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله، وقال بعض أصحاب الشافعى: يرد الخل ولا يسترجع القيمة لأن العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه، وإن عاد خلاً كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردها وأرش نقصها.

وثمانمائة، **والثانى**: إذا ردها سمينة فلا شيء عليه، لأن ما ذهب عاد، فهى كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق عبد ثم عاد، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى، لأنه لم يعد ما ذهب، وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الأخرى، وعلى الوجه الأول يضمنهما جميعًا، فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول، لأن العلم الثانى هو الأول فقد عاد ما ذهب، وإن تعلمت علمًا آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكره القاضى، وهو مذهب الشافعى، وقال أبو الخطاب: متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففى ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والأول أولى.

28- **مسألة: (وإن كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها)**.

وقد ذكرناه فى المسألة قبلها.

29- **مسألة: (وإن غصب عبدًا مفرطًا فى السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه)**.

ولنا: أن الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلاً عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه، وكما لو غصب حملاً فصار كبشًا، وأما السمن الأول فلنا فيه منع، وإن سلمناه فالثانى غير الأول بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا غصب شيئًا ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به، نظرت فإن كان أثمانًا لزمه دفعها إليه لأن الأثمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها، وإن كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمته فى البلدين واحدة أو كانت قيمته فى بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله، لأنه لا ضرر عليه وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤنة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤنة وقيمته فى البلد الذى غصبه فيه أقل فليس عليه رده ولا رد مثله، لأننا لا نكلفه مؤنة النقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه فى بلده وبين المطالبة فى الحال بقيمته فى البلد الذى غصبه فيه لأنه تعذر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته فى البلد الذى غصبه فيه، ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه فى المسألة قبل هذا.

٨٦٨- **مسألة:** قال: **(ولو غصبها حاملاً فولدت فى يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته).**

الكلام فى هذه المسألة فى أمرين: **أحدهما:** أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو

لأن الشرع إنما أوجب فى هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شىء.

فصل: فإن نقصت عين المغصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون الذاهب مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فإنه يجب ضمان النقص، فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقى منهما، لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به، كما لو أذهب الكل، **الثانى:** أن لا يكون مقدراً كهزال العبد إذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه، **الثالث:** أن يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائيته وانعقدت أجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته فلا شىء فيه **فى أحد الوجهين** سوى رده، لأن النار إنما أذهبت مائيته التى يقصد إذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته، فهو كسمن العبد الذى لا تنقص به قيمته إذا ذهب، **والثانى:** يجب ضمانه، لأنه مقدر البدل فأشبه الزيت إذا غلاه، وإن نقصت العين والقيمة جميعًا وجب فى الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعًا، لأن كل واحد منهما مضمون منفردًا فكذلك إذا اجتمعا، وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقى نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كان قيمة الباقى ثلثى درهم فليس عليه

غيرها فالولد مضمون، وكذلك لو غصب حائلاً (*) فحملت عنده وولدت ضمن ولدها، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمغصوب إذ الغصب فعل محظور ولم يوجد، فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه.

ولنا: أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة في الصدفة والجوز واللوز، ولأنه مغصوب فيضمن كالأم فإن الولد إما أن يكون مودوعًا في الأم كالدرة في الحقة، وإما أن يكون كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فإن أسقطته ميتًا لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته، ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه، **والأمر الثاني**: أنه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد ردها، وإن كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافهما لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت

أكثر من ثلث رطل، لأن قيمة الباقي لم تنقص، وإن خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيبه، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه.

30- مسألة: (وإن نقص المغصوب نقصًا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وخشى فسادها فعليه ضمان نقصه).

وقال القاضي: عليه بدله، لأنه لا يعلم قدر نقصه، وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه، لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده، وقال أبو الخطاب: يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه، وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة: يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته، لأنه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة، وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزًا جيدًا بقفيز رديء.

ولنا: أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبدًا فمرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن، وقال: يضمن ما نقص قولاً واحدًا ولا يضمن ما تولد فيه، لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح، لأن البلل قد يكون

(*) حائلاً: الحائل: التي لم تحمل بعد.

زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فإن كان اختلافها لتغيـر الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين فلا يضـمن عند تلفها، وحمل القـاضى قول الخرقى على ما إذا اختلفت القـيمة لتغيـر الأسعار وهو مذهب الشـافعى، لأن أكثر القـيمتين فـيه للمغصوب منـه فإذا تعذر ردها ضمنهـا كقـيمة يوم التلف وإنمـا سقطت القـيمة مع رد العـين، والمذهب الأول لمـا ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة المعـانى لأن تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفـها، وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم: إنها سقطت برد العين، لا يصح لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضى: ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار، فعلى هذا تضـمن بقيمتها يوم التلف، رواه الجماعة عن أحمد، وعنه أنها تضمن بقيـمتها يوم الغصب وهو قول أبى حنيـفة ومالك، لأنه الوقت الذى أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه.

ولنا: أن القيـمة إنما تثبت فى الذمـة حين التلف، لأن قبل ذلك كـان الواجب رد العين دون قيمتـها فاعتبرت تلك الحالة كـما لو لم تختلف قيمته، ومـا ذكروه لا يصح، لأن إمساك المغـصوب غصب فـإنه فعل يجب عليه تركـه فى كل حال، وما روى عن أحـمد من اعتـبار القيمة بيوم الغصب، فقال الخلال: جبن أحمد عنه كأنه رجع إلى قوله الأول.

من غير فعله أيضًا، وقد يكون العفن بسبب منه، ثم إن مـا وجد فى يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجـوده فى يده فلا فرق، وقول أبى حنيـفة لا يصح، لأن الطعام عين مـاله وليس ببدل عنه، وقال شيخنا: وقول أبى الخطاب لا بأس به، والله أعلم.

31- مسألة: (وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره).

إذا جنى العبد المـغصوب فجنايته مـضمونة على الغاصب، لأنه نقص فى العـبد الجانى لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضمونًا على الغاصب كسائر نقصه وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص أو المال، ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد، وكذلك إن جنى على سيده، لأنها من جملة جناياته فكان مضمونًا كالجناية على الأجنبى.

فـصل: **ويضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده**، وإن جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يدًا فـقطعت يده قصاصًا فعلى الغاصب مـا نقص العبد بذلك دون أرش اليد، لأن اليد ذهبت بسبب غـير مضمون فأشبه مـا لو سقطت، وإن عفى عنه على مال تعلق أرش اليد برقبـته، وعلى الغاصب أقل الأمرين من قيمتـه أو أرش اليد، فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيده، فإذا أخذها تعلق أرش الجناية بها، لأنهـا كانت متعلقة بـالعبد فتعلقـت ببدله، كما أن الرهن إذا أتلفـه متلف وجبت قـيمته وتعلق الرهن بها، فإذا أخذ ولى الجناية القيمة من المـالك رجع المالك على الغاصب بقيمته

فصل: وإن كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله، فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل، وقال القاضي: تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي: تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم.

ولنا: أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم، ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبًا كحالة المحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه، وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه، وكذلك روى عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب، وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا، ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ها هنا بإذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم

مرة أخرى، لأن القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعدها فعليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية، فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع، لأنه جنى وهو غير مضمون عليه، ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما، لأن الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني، لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيًا فلا يتعلق به حقه، ويتعلق به حق الأول، لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه، وإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا.

32- **مسألة:** (وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر).

لأنه إذا جنى على أجنبي وجب أرشه على الغاصب، فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرًا.

33- **مسألة:** (**ويضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل سواء كان منفردًا أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولد الحيوان**).

ملكه، ولم يتغير ما ثبت فى ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه والمغصوب ملك للمغصوب منه، والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته فى الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما إن كان المغصوب باقيًا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها، لأن القيمة لم تثبت فى الذمة قبل ذلك، ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعى فى رده، وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه، ولأن ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره.

٨٦٩- **مسألة:** قال: **(وإذا كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه فى يديه).**

هذه المسألة تشتمل على حكمين: **أحدهما:** وجوب رد المغصوب، **والثانى:** رد أجرته: أما الأول فإن المغصوب متى كان باقيًا وجب رده لقول رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»(٢٧) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال: حديث حسن، وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبًا جادًا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»(٢٨) رواه أبو داود، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد فى إدخال الغم والغيظ عليه، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقيًا بحاله لم يتغير

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمنع من أدائها، لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة، ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم بثبوت يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأم محظور لا يصح، لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده.

34- **مسألة:** **(فإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط حنطة أو زيتًا بمثله لزمه مثله منه فى أحد الوجهين وفى الآخر يلزمه مثله من حيث شاء).**

إذا خلط المغصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أو دنانير بمثلها، فقال ابن حامد: يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد، لأنه لا نص على أن يكون شريكًا له إذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيهًا على ما إذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية إلا فى الدقيق فإنه تجب قيمته، لأنه عندهم ليس بمثلى، وقال القاضى: قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف، لأنه يتميز له شيء من ماله.

---

(٢٧) تقدم تخريجه برقم (٨) مغنى من كتاب العارية.

(٢٨) أخرجه أبو داود (٤/ ٥٠٠٣) والترمذى (٤/ ٢١٦) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٢١) ورواية الترمذى بلفظ «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه» والحديث سنده حسن غريب.

ولم يشتغل بغيره، فإن غصب شيئًا فبعده لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فإن قال الغاصب: خذ منى أجر رده وتسلمه منى هٰهنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك: دعه لى فى مكانه الذى نقلته إليه لم يملك الغاصب رده، لأنه أسقط عنه حقّا فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه، وإن قال: رده لى إلى بعض الطريق، لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر فى غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك، سواء كان أقرب من المكان الذى يلزمه رده إليه أو لم يكن، لأنه معاوضة، وإن قال: دعه فى مكانه وأعطنى أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فصل: وإن غصب شيئًا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبًا أو نحوه أو حجرًا بنى عليه نظرنا فإن بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لأنه صار هالكًا فوجبت قيمته، وإن كان باقيًا بحاله لزمه رده، وإن انتقض البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعًا لملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده، كما لو غصب خيطًا فخاط به جرح عبده.

ولنا: أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب، كما لو بعَّد العين ولا يشبه الخيط الذى

ولنا: أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل فى الباقى فلم ينتقل إلى المثل فى الجميع كما لو غصب صاعًا فتلف بعضه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره.

35- مسألة: (وإن خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله فى قياس التى قبلها).

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيهما فإنه قال فى رواية أبى الحارث فى رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا: يباع الدهن كله ويعطى كل وحد منهما قدر حصته، وذلك أننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفردًا فعلى الغاصب ضمان النقص، لأنه حصل بفعله، وقال القاضى: قياس المذهب أن يلزم الغاصب مثله، لأنه صار بالخلط مستهلكًا، ولذلك لو اشترى زيتًا فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء، لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله، كما لو كان تالفًا، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب، أما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزًا فلزمه مثله كما لو أتلفه.

فصل: إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة فى مثل الباقى، وإن خلطه بأدنى منه فرضى المالك بأخذ قدر

يخاف على العبد من قلعه لأنه يجوز لـه رده لما فى ضمنه من تلف الآدمى، ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وإن خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة: **أحدها**: أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لأنه لا يضمن تفويت ذى حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبًا، **والثانى**: أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمى، فإن خيف من نزعه الهلاك أو إبطاء برئه فلا يجب نزعه، لأن الحيوان آكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له مال غيره ليحفظ حياته وإتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التى لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلى، **الثالث**: أن يخيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكًا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع، لأن فيه إضرارًا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضى لا يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز، وإن حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان: **أحدهما**: هذا، **والثانى**: لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة فى نفسه وقد نهى النبى ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله(٢٩)، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ويحتمل أن يفرق بين ما يعد للأكل من

حقه منه لزم الغاصب بذله، لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقى من غير ضرر، وقيل: لا يلزم الغاصب ذلك، لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الردىء أو دون حقه من الجيد لم يجز، لأنه ربا لكونه يأخذ الزيادة فى القدر عوضًا عن الجودة وإن كان بالعكس فرضى يأخذ دون حقه من الردىء أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هى تبرع مجرد، وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما.

فصل: وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء، أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورده ورد نقصه، وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله، لأنه صار كالهالك، وإن كان يفسده رده ورد نقصه، وإن احتيج فى تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك لأنه سببه، ولأصحاب الشافعى فى هذه الفصول نحو ما ذكرنا.

36- **مسألة: (وإن غصب ثوبًا فصبغه أو سويقًا فلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب، فإن نقصت قيمتها أو قيمة أحدهما ضمن الغاصب النقص).**

لأنه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الأسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل.

---

(٢٩) أخرجه النسائى (٧/ ح ١٣٦٠) بلفظ: «ما من إنسان قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عز وجل عنها» قيل: يا رسول الله، وما حقها؟ قال: «يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها يرمى بها».

الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالأول: يجب ذبحه إذا توقف رد المغصوب عليه، والثانى: لا يجب لأن ذبحه إتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه، ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده.

فصل: وإن غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقًا لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة(٣٠)، فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار، وأما الخشبة: فإن كان كسرها أكثر ضررًا من نقض الباب فهى كالفصيل، وإن كان أقل كسرت، ويحتمل فى الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقل ضررًا ذبح وأخرج لحمه، لأنه فى معنى الخشبة، وإن كان حصوله فى الدار بعدوان من صاحبه، كرجل غصب دارًا فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرسًا ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء، لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره، ولو باع دارًا فيها خوابى لا تخرج إلا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضررًا من بقاء ذلك فى الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر

37- مسألة: (وإن لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شريكان).

لأن الصبغ والزيت عين مال له قيمة، فإن تراضيا بتركه لهما جاز، وإن باعه فثمنه بينهما نصفين.

38- مسألة: (وإن زادت قيمتها مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين، فإن كان ذلك لزيادة الثياب فى السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب، وإن كانت لزيادة الصبغ فهى لصاحب الصبغ، وإن كانت لزيادتهما معًا فهى بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما).

فإن تساويا فى الزيادة فى السوق تساوا صاحباها فيها، وإن زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهى بينهما كذلك، وإن زادا بالعمل فالزيادة بينهما، لأن عمل الغاصب زاد به فى الثوب والصبغ وما عمله فى المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثرًا وزيادة مال الغاصب له.

39- مسألة: (وإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل أن يجبر إذا ضمن له الغاصب النقص).

إذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا: له ذلك، سواء أضر بالثوب أو لم يضر،

---

(٣٠) الساج: نوع من الخشب.

ضررًا لم ينقض، لأنه لا فائدة فيه، ويصطلحان على ذلك إما بأن يشتريه مشترى الدار أو غير ذلك.

فصل: وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة، فقال أصحابنا: حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدميًا، وفارق الخيط لأنه فى الغالب أقل قيمة من الحيوان، والجوهرة أكثر قيمة ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة، لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شىء لصاحب الجوهرة(٣١)، لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وإن أدخلت رأسها فى قمقم فلم يمكن إخراجه إلا بذبحها وكان الضرر فى ذبحها أقل ذبحت وإن كان الضرر فى كسر القمقم أقل كسر القمقم، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه، وإن كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه فى الطريق فالضمان عليه، وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم، لأنه لتخليص قمقمه، فإن قال من عليه الضمان منهما أنا

ويضمن نقص الثوب إن نقص، وبهذا قال الشافعى، لأنه عين ماله فملك أخذه، كما لو غرس فى أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك، قال شيخنا: وينبغى أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لأنه سفه، وظاهر كلام الخرقى أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب، لأنه قال فى المشترى: إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة: ليس له أخذه، لأن فيه إضرارًا بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس، لأن الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الأرض، وإن اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان: **أحدهما**: يملك إجبار الغاصب عليه كما يملك إجباره على قلع شجره من أرضه، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه، وإن استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع، كما يضمن ذلك فى الأرض، **والثانى**: لا يملك إجباره عليه ولا يمكن من قلعه، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج، وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الأرض، وفارق الشجر، فإنه لا يتلف بالقلع، قال القاضى: هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد فى الزرع، وهذا مخالف للزرع، لأن له غاية ينتهى إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه

---

(٣١) فى المطبوعة: على صاحب الجوهرة.

أتلف مالى ولا أغرم شيئًا للآخر فله ذلك، لأن إتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه، فإذا رضى بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالى ولا أغرم شيئًا لم نمكنه من إتلاف مال صاحبه، لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأن القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان، فيقال له: إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب، وإما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضررًا، ويخلصها، لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كعلفها، وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا، واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا، لأنه لا تقع فى ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبى ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله[٣٢]، ويحتمل أن يجرى مجرى المأكول فى أنه متى كان قتله أقل ضررًا وكانت الجناية من صاحبه قتل، لأن حرمته معارضة لحرمة الآدمى الذى يتلف ماله، والنهى عن ذبحه معارض بالنهى عن إضاعة المال وفى كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة للمال، والله أعلم.

فى الحال بخلاف الصبغ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجة فى الأرض ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: **وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله**، لأنه إجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس، ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياسًا على الشجر والبناء فى الأرض المشفوعة والعارية وفى الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصب، ولأنه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك، كما لو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض لمالكها فى هذه المواضع.

40- مسألة: (وإن وهب الغاصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها، فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين).

أحدهما: يلزمه، لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة فى المسلم فيه، وهذا ظاهر كلام الخرقى، لأنه قال فى الصداق: إذا كان ثوبًا فصبغته فبذلت له نصفه مصبوغًا لزمه قبوله، **والثانى:** لا يجبر، لأنها أعيان متميزة فأشبهت الغراس، وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه، لأنه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه، وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه، لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه، ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه.

---

(٣٢) تقدم تخريجه برقم (٢٩).

فصل: وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرته أو أخذ دينار غيره فسها فوقع فى محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة، وكذلك إن كان درهمًا أو أقل منه، وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر، وإن رمى إنسان ديناره فى محبرة عدوانًا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها، كما لو غرس فى أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهرًا لم يلزمه أكثر من قيمتها.

فصل: وإن غصب لوحًا فرقع به سفينة فإن كانت على الساحل لزم قلعه ورده ، وإن

41- مسألة: (وإن غصب صبغًا فصبغ به ثوبًا أو زيتًا فلت به سويقًا احتمل أن يكون كذلك).

كما إذا غصب ثوبًا فصبغه حكمه كحكمه إذا كان الثوب والسويق للغاصب، لأنه خلط المغصوب بماله، ويحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثليًا، لأن المغصوب الصبغ، وقد تفرق فى الثوب وتلف بخلاف المسألة المتقدمة.

42- مسألة: (وإن غصب ثوبًا وصبغًا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء فى زيادته).

إذا غصب ثوبًا وصبغًا من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتهما ولم تنقص أو زادت القيمة ردهما ولا شيء عليه، وليس للغاصب شيء فى الزيادة، لأنه إنما له فى الصبغ أثر لا عين، وإن نقص لزمه ضمان النقص، لأنه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الأسعار.

فصل: وإن غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر ماليهما، وإن زادت فالزيادة لهما، وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب، ويكون النقص من صاحب الصبغ، لأنه تبدد فى الثوب ويرجع بها على الغاصب، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما إذا غصب سويقًا فلته بزيت، أو عسلاً ونشاءً فعقده حلواء حكم ما لو غصب ثوبًا فصبغه على ما ذكر فيه.

فصل: (وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وأرش البكارة) إذا غصب جارية فوطئها فهو زان، لأنها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا إن كان عالمًا بالتحريم وعليه مهر

كانت فى لجة البحر واللوح فى أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه، وإن خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، ولصاحب اللوح طلب قيمته، فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كـما لو غصب عبدًا فأبق، وقـال أبو الخطاب إن كان فيها حيـوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وإن كان فيها للغاصب أو لا مال فيها ففيها وجهان: **أحدهما**: لا يقلع، **والثانى**: يقلع فى الحال، لأنه أمكن رد المغصوب فلزم، وإن أدى إلى تلف المال كرد الساحة المبنى عليها، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

مثلها مكرهة كانت أو مطاوعة، وقال الشـافعى: لا مهر للمطاوعة، لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى[16].

ولنا أن المهـر حق للسيد فلم يسقط بمـطاوعتها كـما لو أذنت فى قطع يدها، ولأنه حق للسيـد يجب مع الإكراه فيجـب مع المطاوعة كأجر منافـعها، والخـبر محمـول على الحرة، ويجب أرش بكارتها، لأنها بدل جزء منها، ويحـتمل أن لا يجب، لأنه يدخل فى مهر البكر، ولهذا يزيد على مـهر الثيب عادة لأجل مـا يتضمنه من تفـويت البكارة، ووجه الأول: أن كل واحد منهمـا يضمن منفردًا بدليل أنه لو وطئها ثيـبًا وجب مهرها، وإذا أفضاها بأصـبعه وجب أرش بكارتها فـكذلك وجب أن يضمنهمـا إذا اجتـمعا، وعنه لا يلزمـه مهر الـثيب، لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبلها، والأول أولى.

43- مـسألة: (وإن ولدت فالولد رقيق للسيد، لأنه من نمـائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ، لأنه من زنا، وإن وضعتـه حيًا وجب رده معهـا كزوائد الغصب، وإن أسقطته مـيتًا لم يضمن، لأنَّا لا نعلم حياته قبل هذا).

هذا قول القاضى وهو ظاهر مـذهب الشافعى عند أصحابه، وقال القـاضى أبو الحسين: يجب ضمانه بقيمته لو كان حيًا، نـص عليه الشافعى، لأنه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالإتلاف يضمنه الغاصب إذا تلف فى يده كأجرة الأرض، قال شيخنا: والأولى، إن شاء الله، أنه يضمنه بعـشر قيـمة أمه لأنه الذى يضـمنه به فى الجناية وإن وضعتـه حيًا ثم مـات ضمنه بقيمته.

44- مـسألة: (ويضمن نقص الولادة ولا ينجبر بزيادتها بالولد).

وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: ينجبر نقصها بولدها.

ولنا أن ولدها ملك للمغـصوب منه فلا ينجـبر به نقص حصل بجناية الغـاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتًا فعليه عشر قيمة أمه، وإن

---

(16) أخـرجه البـخـارى (٩/ ح ٥٣٤٦/ فتح) ومـسلم (٣/ مـساقـاة/ ١١٩٨/ ح ٣٩) وأبو داود (٣/ ح ٣٤٢٨) والترمذى (٣/ ح ١١٣٣) والنسائى (٧/ ح ٤٣٠٣) وابن ماجه (٢/ ح ٢١٥٩) والدارمى (٢/ ح ٢٥٦٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ١١٨، ١٢٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٥٦).

ولنا: أنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف فلم يجز الإتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة فى البناء فإنه لا يمكن رده من غير إتلاف.

فصل: وإذا غصب شيئًا فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن، وإن لم يكن تمييزه فهو على خمسة أضرب:

أحدها: أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها، فقال ابن حامد: يلزمه مثل المغصوب منه، وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نص على أنه يكون شريكًا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهًا على ما إذا خلطه بجنسه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى إلا فى الدقيق فإنه تجب قيمته لأنه عندهم ليس بمثلى، وقال القاضى: قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه ما لو تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله.

ولنا: أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل فى الباقى فلم ينتقل إلى المثل فى

فعله أجنبى ففيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء، ويستقر الضمان على الضارب، لأن الإتلاف وجد منه، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل فى ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، ولا فرق فى هذه الأحوال بين المكرهة والمطاوعة، لأنها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطاوعتها، وقد ذكرنا الخلاف فى مهر المطاوعة، فأما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير، فإن كانت مطاوعة عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله وإلا فلا.

فصل: فإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئًا ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فأخذها ثم بان أنها غيرها فلا حد عليه، لأن الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة، وإن حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة، وإن وضعته ميتًا لم يضمنه، لأنه لم يعلم حياته، ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لأجل الحيلولة، وإن وضعته حيًا فعليه يوم انفصاله، لأنه فوت عليه رقه باعتقاده، ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله، لأنه أول حال إمكان تقويمه، ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت جنينًا ميتًا فعليه غرة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئًا، لأنه أتلف جنينًا حرًا وعليه للسيد عشر قيمة أمه، لأن الإسقاط لما يعقب الضرب ينسب إليه، لأن الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك، ولهذا لو وضعه حيًا قومناه مملوكًا، وإن ضربه أجنبى فعليه غرة دية الجنين الحر، لأنه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه، وعلى الغاصب عشر قيمة أمه، لأنه يضمنه ضمان المماليك، وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف فى يديه، والحكم

الجميع كما لو غصب صاعًا فتلف نصفه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره.

الضرب الثاني والثالث والرابع: أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه، فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه، لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا: يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته، وذلك لأننا إذا فعلنا أوصلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفردًا فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي: قياس المذهب أنه يلزم الغاصب

في المهر والأرش والأجر ونقص الولادة وقيمتها إن تلفت على ما ذكرنا إن كانا عالمين، لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية.

45- مسألة: (وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها إن تلف، فإن ضمن الغاصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه).

تصرف الغاصب في العين المضمونة فاسد، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، وفيه اختلاف نذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ فإذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب، لأنه السبب في إيصالها إلى المشترى وله تضمين المشترى والمتهب، لأنه المتلف، ويستقر الضمان على المشترى، لأن كل واحد منهما غاصب، لأن الغصب الاستيلاء على مال الغير قهرًا بغير حق وقد وجد منهما، ولأن كل واحد منهما يلزمه ردها إذا كانت في يده، لأن يده عليها بغير حق، وقد قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[17] ويلزم المشترى كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره، لأنه غاصب، وقد ذكرنا دليله في المسألة قبلها، إلا أن المالك إن ضمن الغاصب رجع على المشترى والمتهب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه، لأنه المتلف فاستقر الضمان عليه.

46- مسألة: (وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب).

إذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا، وفيه رواية أخرى: أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وفيه رواية ثالثة: أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشترى كالحكم في وطء الغاصب، إلا أن المشترى إذا ادعى الجهالة قبل منه، بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه، ويجب رد الجارية إلى سيدها، وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها، لأن الغاصب أخذها بغير حق والمشترى أخذ مال غيره بغير حق أيضًا، فيدخل في عموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وهذا لا

(17) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٦١) والترمذي (٣/ ١٢٦٦) وإسناده ضعيف.

مثله لأنه صار بالخلط مستهلكًا، وكذلك لو اشترى زيتًا فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء، ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفًا، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزًا فلزمه مثله، كما لو أتلفه، إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة فى مثل الباقى، وإن خلطه بدون منه فرضى المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله، لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقى من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب

خلاف فيه بحمد الله، ويلزم المشترى المهر، لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح، وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب، ويلزم ذلك مع الجهل، لأن الإتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان.

47- مسألة: (وإن ولدت منه فالولد حر).

لأنه اعتقد أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقًا ويلحقه النسب وعليه فداؤهم، لأنه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطء، هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشترى لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم، لأنهم كانوا فى حال العلوق أحرارًا ولم تكن لهم قيمة حينئذ، قال الخلال: أحسبه قولاً لأبى عبد الله أول، والذى أذهب إليه أنه يفديهم، وقد نقله ابن منصور أيضًا وجعفر بن محمد، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، ويفديهم ببدلهم يوم الوضع، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يجب يوم المطالبة، لأن ولد المغصوب لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونًا عليه وقُوِّم يوم وضعه، لأنه أول حال أمكن تقويمه.

48- مسألة: (ويفديه بمثله فى صفاته تقريبًا).

هذا ظاهر قول الخرقى، لأنهم أحرار، والحر لا يضمن بقيمته، وقال أبو بكر: يفديهم بمثلهم فى القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة: أنه يفديهم بقيمتهم، حكاها أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، وهى أصح ـ إن شاء الله تعالى ـ لأن الحيوان ليس بمثلى فيضمن بقيمته كسائر المتقومات، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا.

49- مسألة: (ويرجع بذلك على الغاصب).

يعنى بالمهر وما فدى به الأولاد، لأن المشترى دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض، فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه، وإن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع ببدلها، لأنها ملك المغصوب منه رجعت عليه، لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذى أخذه منه، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

ذلك، لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله، لأنه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعًا بترك بعض حقه، وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز، لأنه ربا، لأنه يأخذ الزائد فى القدر عوضًا عن الجودة، وإن كان بالعكس فرضى دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد، جاز، لأنه مقابل للزيادة، وإنما هى تبرع مجرد، وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل، جاز، لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما.

الضرب الخامس: أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء، فإن

50- مسألة: (وإن تلفت فعليه قيمتها لمالكها، كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب إن كان مشتريًا).

لأن المشترى دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنًا لذلك بالثمن، فإذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن، لأن البيع باطل فلم يدخل الثمن فى ملك الغاصب، كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك، فإنه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب، لأنه دخل مع الغاصب على أن يسلم له العين، فينبغى أن يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الأولاد.

51- مسألة: (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به).

وجملة ذلك أن المالك إذا رجع على المشترى فأراد المشترى الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت فى يده وأرش بكارتها، وفيه رواية أخرى أنه يرجع به كالمهر وبدل جزء من أجزائها، لأنه دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنًا لذلك بالثمن، فإذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع به وهو بدل الولد إذا ولدت منه، لأنه دخل معه فى العقد على أن لا يكون الولد مضمونًا ولم يحصل من جهته إتلاف، وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه، وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها، وفيه روايتان: **إحداهما:** يرجع به، وهو قول الخرقى، لأنه دخل العقد على أن يتلفه بغير عوض، فإذا غرمه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة، **والثانية:** لا يرجع به، وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة، لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل أجزائها، وللشافعى قولان كالروايتين.

52- مسألة: (فإن ضمن الغاصب رجع على المشترى بما لا يرجع به عليه، كما لو رجع به على المشترى لا يرجع به المشترى على الغاصب).

إذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به على المشترى، وكل ما لو رجع به على المشترى رجع به المشترى على الغاصب، إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشترى،

أمكن تخليصه وخلصه ورد ناقصه، وإن يكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله، لأنه صار كالهالك، وإن لم يفسده رده ورد نقصه، وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك، لأنه بسببه، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا.

فصل: وإن غصب ثوبًا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام: **أحدها:** أن يصبغه بصبغ له، **والثاني:** أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه، **الثالث:** أن يصبغه بصبغ لغيرهما، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل إن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لهما جاز وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين.

لأن الضمان استقر على الغاصب، فإن ردها حاملاً فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطئ، لأن التلف بسبب من جهته.

53- **مسألة: (فإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته).**

إذا اشترى الجارية المغصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك، لأنه من زوائدها ونمائها فيكون مضمونًا على من هو في يده بقيمته إذا تلف، لأنه مال وليس بمثلي وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع، ووجه الروايتين ما سبق.

فصل: إذا وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على أحد، لأنه غاصب ولم يغره أحد، وإن لم يعلم فلصاحبه تضمين أيهما شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والأجر، لأنه غره، وقال أبو حنيفة: أيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

ولنا أن المتهب دخل على أن يسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بها، فأما الأجر والمهر وأرش البكارة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري.

54- **مسألة: (وإن أعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه، وضمان الأجر على الغاصب).**

فإن ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد، وإن ضمن الغاصب رجع على المستعير، وإن لم يكن علم بالغصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين، لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالأجر وجهان: **أحدهما:** يرجع، لأنه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه، **والثاني:** لا يرجع به، لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال إذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الأكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين، لأنه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله، فإن

الحال الثاني: إذا زادت قيمتها فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب فى السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ فى السوق فالزيادة لصاحبه وإن كانت لزيادتهما معًا فهى بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما، فإن تساويا فى الزيادة فى السوق تساوى صاحباهما فيهما وإن زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهى بينهما كذلك وإن زادا بالعمل فالزيادة بينهما لأن عمل الغاصب زاد به فى الثوب والصبغ وما عمله فى المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثرًا وزيادة مال الغاصب له، وإن نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمنه الغاصب لما تقدم وإن نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لأنه متعديه فإذا صار قيمة الثوب مصبوغًا خمسة فهو كله لمالكه ولا شىء للغاصب لأن النقص حصل

ردها المستعير على الغاصب لم يسقط عنه الضمان، لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب إن حصل التلف فى يده، وكذلك الحكم فى المودع.

55- **مسألة: (وإن اشترى أرضًا فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبنائه رجع المشترى على البائع بما غرمه)**.

ذكره القاضى فى القسمة، لأنه ببيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سببًا فى بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها.

56- **مسألة: (وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه)**.

لكونه أتلف مال غيره بغير إذنه عالمًا من غير تغرير، وللمالك تضمين الغاصب، لأنه حال بينه وبين ماله والآكل لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه، فإن ضمن الغاصب رجع على الآكل، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد.

57- **مسألة: (وإن لم يعلم، وقال له الغاصب: كله فإنه طعامى، استقر الضمان على الغاصب)**.

لاعترافه بأن الضمان باق عليه، وإن لم يلزم الآكل شىء ولأنه غر الآكل.

58- **مسألة: (وإن لم يقل ففى أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان)**.

أحدهما: يستقر الضمان على الآكل، وهو قول أبى حنيفة والشافعى فى الجديد، لأنه ضمن فلم يرجع به على أحد، **والثانى**: يستقر على الغاصب، لأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه، وهذا ظاهر كلام الخرقى، وأيهما استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد، وإن غرم صاحبه رجع عليه.

59- **مسألة: (وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه)**.

إذا أطعم المغصوب لمالكه فإكله عالمًا أنه طعامه برئ الغاصب، وإن لم يعلم وقال له: كله فإنه طعامى استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا، وإن كانت له بينة بأنه طعام المغصوب

بعدوانه فكان عليه وإن صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعاه، وإن زادت قيمة الثوب فى السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغًا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة، وإن ساوى اثنى عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها، وإن انعكس الحال فصار الثوب يساوى فى السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب فى التى قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ، لأن زيادة السعر لا تضمن، فإن أراد الغاصب فلع الصبغ،

منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال: كله، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ، لأنه قال فى رواية الأثرم: فى رجل له قِبَل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم، فقال: كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له: هذا لك عندى، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فيأكل المالك طعامه بطريق الأولى، لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم إليه لم يعد إليه والسلطان فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب، كما لو علفه لدوابه، ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبى فإنه يستقر الضمان على الآكل فى إحدى الروايتين فكذلك ههنا، وهذا مذهب أبى حنيفة.

فصل: وإن وهب المغصوب لمالكه أو أهداه إليه برئ فى الصحيح، لأنه سلمه إليه تسليمًا تامًا وزالت يد الغاصب، وكلام أحمد فى رواية الأثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة، ومسألتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التى أزالها، وإن باعه إياه وسلمه إليه برئ من الضمان، لأنه قبضه بالابتياع وهو موجب للضمان، وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا.

60- **مسألة: (وإن رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان).**

لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا: يبرأ، لأنه رده إلى يده وسلطانه، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والأول أولى، فإنه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ، فههنا أولى.

61- **مسألة: (وإن أعاره إياه برئ علم أو لم يعلم).**

لأن العارية توجب الضمان على المستعير، فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير، ولا فائدة فى وجوب شىء عليه يرجع به على من وجب له.

62- **مسألة: (وإن اشترى عبدًا فأعتقه فادعى رجل أن البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر، وإن صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشترى، ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم).**

فقال أصحابنا: له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب إن نقص، وبهذا قال الشافعي: لأنه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس فى أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك، وينبغى أن يقال: ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لأنه سفه، وظاهر كلام الخرقى أنه لا يمكن من قلعه إذا تضرر الثوب بقلعه، لأنه قال فى المشترى إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة: ليس له أخذه لأن فيه إضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع

إذا أقام المدعى بينة بما ادعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشترى على البائع بالثمن، وإن صدقه البائع أو المشترى لم يقبل قول أحدهما على الآخر، لأنه لا يقبل إقراره فى حق غيره، وإن صدقاه جميعًا لم يبطل العتق وكان العبد حرًا، لأنه قد تعلق به حق لغيرهما، فإن وافقهما العبد فقال القاضى: لا يقبل أيضًا، لأن الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل: أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل إقراره، وهذا مذهب الشافعى، ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد إلى المدعى، لأنه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه، فصح كما لو لم يعتقه المشترى، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه، فإن ضمن البائع رجع على المشترى، لأنه أتلفه، وإن ضمن المشترى لم يرجع على البائع إلا بالثمن، لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن مات العبد فخلف مالاً فهو للمدعى لاتفاقهم على أنه له، وإنما لم يرد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثًا فيأخذه وليس عليه ولاء، لأن أحداً لا يدعيه، وإن صدق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشترى بالثمن، وبقية الأقسام على ما نذكر فى الفصل بعده.

فصل: وإن اشترى لم يعتقه وأقام المدعى بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشترى على البائع بالثمن، وكذلك إذا أقرا بذلك، وإن أقر أحدهما لم يقبل على الآخر، فإن كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعى، لأنه حال بينه وبين ملكه، ويقر العبد فى يد المشترى، لأنه ملكه فى الظاهر، وللبائع إحلافه إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشترى، لأنه لا يدعيه، ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد، لأنه يدعى القيمة على المشترى، والمشترى يقر له بالثمن، فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب، ولا يضر اختلافهما فى السبب بعد اتفاقهما على حكمه، كما لو قال: لى عليك ألف من ثمن مبيع فقال: بل ألف من قرض، وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشترى استرجاعه، لأنه لا يدعيه، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده إلى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه، وإن كان إقرار البائع فى مدة الخيار انفسخ البيع، لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، وإن كان المقر المشترى وحده لزمه رد العيب، ولم يقبل إقراره على البائع، ولا

الغرس، لأن الضرر قليل يحصل له نفع قلع العروق من الأرض، وإن اختار المغصوب منه قلع الصبغ، ففيه وجهان: أحدها: يملك إجبار الغاصب عليه كما يملك إجباره على قلع شجرة من أرضه، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه، وإن استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الأرض، والثاني: لا يملك إجباره عليه ولا يمكن من قلعه، لأن الصبغ يهلك

يملك الرجوع عليه بالثمن إن كان قبضه، وعليه دفعه إليه إن لم يكن قبضه، فإن أقام المشترى بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وإن كان البائع المقر فأقام بينة فإن كان فى حال البيع قال: بعتك عبدى هذا أو ملكى لم تقبل بينته، لأنه يكذبها، وإن لم يكن قال ذلك قبلت، لأنه يبيع ملكه وغيره، وإن أقام المدعى البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، وإن أنكراه جميعًا فله إحلافهما، قال أحمد فى رجل يجد سرقته عند إنسان بعينها، قال: هو ملكه يأخذه، أذهب إلى حديث سمرة عن النبى ﷺ: «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه»[18] رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وموسى بن السائب ثقة.

فصل: قال رضي الله عنه: **(وإن أتلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزونًا)**.

متى تلف المغصوب فى يد الغاصب لزمه رد بدله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٤) ولأنه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها، فإن كان المتلف مثليًا كالمكيل والموزون مكيلاً أو موزونًا وجب المثل، قال ابن عبد البر: كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته، ولأن المثل أقرب إليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة، كالنص والمعنى والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد، فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص لما كان طريقه الإدراك بالسماع كان أولى من القياس، لأن طريقه الظن والاجتهاد.

63- **مسألة: (وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)**.

وقال القاضى: تجب قيمته يوم قبض البدل، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل، بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعى: تجب قيمته يوم المحاكمة، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم.

ولنا: أن القيمة وجبت فى الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم،

---

(18) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٠٢/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٣/ ح ٢٢) وأبو داود (٣/ ح ٣٥١٩) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٨) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٨٧، ٤٨٧) ومالك فى الموطأ (٦٧٨/٢).

بالاستخراج، وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الأرض، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقلع، قال القاضى: هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد فى الزرع، وهذا مخالف للزرع، لأن له غاية ينتهى إليها، ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه فى الحال بخلاف الصبغ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر فى الأرض، ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بما لا يتلف، فإنه يجبر على قلع ما يتلف، وما لا يتلف ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله، لأنه إجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه، كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياسًا على

ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفى وجوب المثل، لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعى الوسع، ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه، ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبًا كحالة المحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه، لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه، وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه، لأن القيمة إنما ثبتت فى الذمة حين التلف، لأنه قبل التلف يجب رده، فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلى.

64- مسألة: (وإن لم يكن مثليًا ضمنه قول باقى الجماعة).

وحكى عن العنبرى أنه يجب فى كل شىء مثله، لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيت صانعًا مثل حفصة، صنعت طعامًا فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذنى الأفكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: «إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام»[19] رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبى ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع النبى ﷺ قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة فى بيته، رواه الترمذى بنحوه، وقال: حسن صحيح[20].

ولنا: ما روى عبد الله بن عمر أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركًا له فى عبد قُوِّم عليه قيمة العدل»[21] متفق عليه، فأمر بالتقويم فى حصة الشريك، لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر

---

(19) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٨) والنسائى (٧/ ح ٣٩٦٨) وأحمد فى مسنده (٦/ ١٤٨، ٢٧٧) وقال الألبانى: ضعيف.

(20) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٨١/ فتح) وأبو داود (٣/ ٣٥٦٧) والترمذى (٣/ ١٣٥٩) وابن ماجه (٢/ ٢٣٣٤) والحديث إسناده صحيح.

(21) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٥٠٣) فتح، ومسلم (٢/ عتق/ ١١٣٩/ ح١) وأبو داود (٤/ ٣٩٤٦) والترمذى (٣/ ح ١٣٤٧) والنسائى (٧/ ٤٧١٢) وابن ماجه (٢/ ٢٥٢٨) وأحمد فى مسنده (٢: ١٥، ٤: ٣٧).

الشجـر والبناء فى الأرض المشفـوعة والعارية وفى الأرض المـغصوبة إذا لم يقلعـه الغاصب ولأنه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الغاصب قـيمـة الثوب لصاحـبه ليـملكه لم يجبـر على ذلك، كمـا لو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لمالكها فى هذه المواضع، وإن وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبـوله؟ على وجهين: **أحـدهمـا**: يلزمه لأن الصبغ صار من صفـات العين فهو كزيادة الصفة فى المسلم فيه، **الثانى**: لا يجبر، لأن الصبغ عين يمكن إفرادها فلم يجبر على قبولها، وظاهر كلام الخـرقى أنه يجبر، لأنه قـال فى الصداق إذا كان ثوبًا فـغصبـه فبذلت له نصـفه مصبوغًا لزمه قبوله، وإن أراد المـالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه، لأنه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعـدوانه، وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المـالك على بيعه، لأنه متعدٍّ فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنـه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه.

بالمـثل، والحديث مـحمـول على أنه جوز ذلك بـالتراضى وعلم أنهـا ترضى به، ولأن هذه الأشياء لا تتـساوى أجزاؤها وتختلف صفـاتها فالقيمـة فيها أعدل وأقـرب إليها فكانت أولى، ويكون ذلك يوم تلفه لمـا ذكرنا، ويكون فى بلده من نقده، لأنه موضع الضمـان يعنى يضمنه فى البلد الذى غصبه فيه من نقده، ويتخرج أن يضمنه بقـيمته يوم غصبه، وهو قول أبى حنيفة ومالك، وروى عن أحمـد، لأنه فوته عليه بغصبه فكان عليـه قيمة ما فوت عليـه حين فوته، وقد روى عن أحمد فى رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا وكذا: أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبـته، ولذلك روى عنه فى حوائج البقال عليه القـيمة يوم الأخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب والأول أولـى، قال شيخنا: ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه هـهنا بإذن مالكه ملكه، وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه، ولـم يعتبـر ما ثبت فى ذمته بتغـير قيمة مـا أخذه، لأنه ملكه، والمغصوب ملك المـغصوب منه، والواجب رده لا قيمتـه، وإنما تثبت قيمته فى الذمـة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبـرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما إن كان المغصوب باقيًا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته، فإنه يطالبه بهـا يوم قبضـها، لأن القيـمة لم تثبت فـى الذمة قبل ذلك، ولهـذا يتخيـر بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبـة الغاصب بالسعى فى رده، وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه، لأن ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره.

فـــصل: وقد قال الخـرقى فيمن غصب جارية حامـلاً فولدت فى يديه ثم مات الولد: أخذها سيـدها وقيمة ولدهـا أكثر ما كانت قـيمته، فـحمل القاضى قول الخـرقى على ما إذا اختلفت القـيمة لـتغيـر الأسعار، وهو مـذهب الشافعى، فـعلى هذا إذا تلف المغـصوب لزم الغاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب إلى يوم التلف، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب

القسم الثانى: أن يغصب ثوبًا وصبغًا من واحد فيصبغه به، فإن لم تزد قيمتهما ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه، وإن زادت القيمة فهى للمالك ولا شيء للغاصب، ولأنه إنما له فى الصبغ أثر لا عين، وإن نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص، لأنه بتعديه، وإن نقص لتغير الأسعار لم يضمنه.

القسم الثالث: أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به، فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر مالهما، وإن زادت فالزيادة لهما، وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب، ويكون النقص من صاحب الصبغ، لأنه تبدد فى الثوب ويرجع به على الغاصب، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب، وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه، وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم ما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه، وإن غصب عسلاً ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوبًا فصبغه على ما ذكر فيه.

منه، فإذا تعذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الأسعار غير مضمونة على الغاصب، وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الخرقى محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنًى فى المغصوب من كبر وصغر وسمن وهزال ونسيان ونحو ذلك، فالواجب القيمة أكثر ما كانت، لأنها مغصوبة فى الحال التى زادت فيها، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قدرناه، بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرش نقصها، وهو بدل الزيادة، فإذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها، بخلاف زيادة القيمة لتغير الأسعار فإنها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم: إنها إنما سقطت مع رد العين لا يصح، لأنها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السمن، قال القاضى: ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف، وقد روى عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب، إلا أن الخلال قال: جبن أحمد عنه، كأنه رجع إلى القول الأول وقد ذكرناه.

65- مسألة: (فإن كان مصوغًا أو تبرًا تخالف قيمته وزنه قوَّمه بغير جنسه).

متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلى النساء وجب ضمانه بقيمته، لكن يقومه بغير جنسه، فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لئلا يفضى ذلك إلى الربا، وقال القاضى: يجوز تقويمه بجنسه، لأن ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلى وجب عليه أرش ذلك، ويخالف البيع، لأن الصنعة لا يقابلها العوض فى العقود ويقابلها فى الإتلاف، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها فى الإتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعى: هذا مذهب الشافعى، وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذى ذكره أبو الخطاب، لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض، فالزيادة ربًا كالبيع

الحكم الثاني: أنه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه فى يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، هذا هو المعروف فى المذهب، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يضمن المنافع وهو الذى نصره أصحاب مالك، وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترئ أن أقول عليه سكنى ما سكن، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال: هذا قول قديم، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبى عبد الله بعشرين سنة، واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبى ﷺ: «الخراج بالضمان»(٣٣) وضمانها على الغاصب، ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة.

وكالنقص، وقد قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا كسر الحلى يصلحه أحب إلىّ، قال القاضى: هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فإن كانت الصناعة محرمة كالأوانى وحلى الرجال المحرم لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهًا واحدًا، لأن الصناعة لا قيمة لها شرعًا.

66- مسألة: (فإن كان محلى بالنقدين معًا قوّمه بما شاء منهما).

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضًا لئلا يفضى إلى الربا، ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما، لأنهما قيم الأموال فدعت الحاجة إلى تقويمهما بأحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكانت الخبرة إليه فى تقويمه بما شاء منهما، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد النقدين أنه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفردًا لعدم معرفة ما فيه منه، ولأن قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد، ولا يمكن إفرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات، وإنما يقوم المحلى كالسيف بأن يقال: كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن إلا عوضًا له، لأن الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفًا بهذه الصفة كقيمته فى بيعه، والله أعلم.

فصل: وقد ذكرنا أن ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب كالأثمان والحبوب والأدهان يضمن بمثله وهذا لا خلاف فيه، فأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضًا، فإنه قال فى رواية حرب: ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل فى كل مكيل وموزون، إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول فإنه يضمن بقيمته، لأن الصناعة تؤثر فى قيمته وهى مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون، وذكر القاضى أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى إنما يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا،

---

(٣٣) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٠٨، ٣٥٠٩) والترمذى (٣/ ح ١٢٨٥) والنسائى (٧/ ح ٤٥٠٢) وابن ماجه (٢/ ح ٢٢٤٢) وأحمد فى مسنده (٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧) وإسناده حسن.

ولنا: أن كل ما ضمنه بالإتلاف فى العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان، ولأنه أتلف متقومًا فوجب ضمانه كالأعيان، أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين، فأما الخبر فوارد فى البيع ولا يدخل فيه الغاصب، لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع، ولا يشبه الزنا لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضى العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيم له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها، فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها، لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها، لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها، ولأنها لا تقدر بزمن فيكون مضى الزمان يتلفها بخلاف المنفعة.

وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا، ويحتمل أن تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه إتلاف.

67- مسألة: (وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجى خف تلف أحدهما فعليه رد الباقى وقيمة التالف وأرش النقص، وقيل: لا يلزمه أرش النقص).

إذا غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجى خف أو مصراعى باب فتلف أحدهما رد الباقى وقيمة التالف وأرش نقصهما، فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقى بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم، وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه إلا قيمة التالف مع رد الباقى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه لم يتلف غيره، ولأن نقص الباقى نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص لتغير الأسعار.

ولنا: أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه، كما لو غصب ثوبًا فشقه ثم تلف أحد الشقين فإنه يلزمه رد الباقى وقيمة التالف، وأرش النقص إن نقص بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى، وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به، وهذا هو الموجب لنقص قيمته، وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغى أن يضمنه، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه.

فصل: وإن غصب ثوبًا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل أن غصب ثوبًا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرش نقصه، لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته فى الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه، وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب، ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة، لأنها ثبتت فى الذمة فلا تزاد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها.

فـصل: إذا غصب طعامًا فأطعمه غيـره فللمالك تضمين أيهما شاء، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير إذن مالكه، فإن كان الآكل عالمًا بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مـال غيره بغير إذن عالمًا من غير تغرير فإذا ضـمن الغاصب رجع عليـه، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحـد، وإن لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فـإن كان الغاصب قال له: كله فـإنه طعامى استقـر الضمان عليه لاعـترافه بأن الضمان باق عليه، وأنه لا يلزم الآكل شيء، وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان: إحداهما: يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد، لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد، والثانية: يستقر الضمان على الغاصب، لأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه،

فـصل: فإن غصب ثوبًا أو زليًا فذهب بعض أجزائه كخـمل المنشفة فعليه أرش نقصه، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجـرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه، ولو اجتـمعا مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فـعليه ضمانهما معًـا: الأجرة وأرش النقص، سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النشر نقص بنشره وبقى عنده مدة ضمن الأجر والنقص، وإن كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فـأبلاه فكذلك يضمنهما معًا فى أحد الوجهين، والثـانى: يجب أكثـر الأمرين من الأجر أو أرش النقص، لأن مـا نقص من الأجزاء فى مقـابلة الأجر، ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك.

ولنا: أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فـإذا اجتمعا وجبا، كما لو أقام فى يده مدة ثم تلف، والأجرة تجب فى مقابلة ما يفوت من المنافع لا فى مقابلة الأجزاء، ولذلك يجب الأجر، وإن لم تفت الأجـزاء، وإن لم يكن للمغصوب أجـرة كثوب غير مـخيط فليس على الغاصب إلا ضمان نقصه.

فـصل: وإن نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فـتلف عند المشترى فله تضمين من شاء منهمـا إذا لم يكن النقص لتغيـر الأسعار، وقد ذكرناه، فإن ضمن الغاصـب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلـف، لأنه فى ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلفه وإن ضمن المـشترى ضمنه قـيمته أكثـر ما كانت من حين قـبضه إلى يوم تلفـه، لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضـمانه، وإن كانت له أجرة فله الرجـوع على الغاصب بجميـعها وعلى المشـترى بأجر مقـامه فى يديه وبالباقى على الغـاصب، وقد مر الكلام فى رجـوع كل واحد منهما على صاحبه.

68- **مـسـألة:** (وإن غصب عبدًا فـأبق أو فرسًا فشرد أو شيئًـا تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته، فإن قدر عليه بعدُ ردَّه وأخذ القيمة).

وجـملتـه أن من غصب شيئًا فعجز عن رده مع بقـائه كعبد آبق فللمغصوب منه المطالبة ببدله، فـإذا أخذه ملكه ولم يملك الغـاصب العين المـغصوبة، بل مـتى قدر عليـه لزمه رده

وهذا ظاهر كلام الخرقى لقوله فى المشترى للأمة يرجع بالمهر وكل ما غرم على الغاصب، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد، فإن غرمه صاحبه رجع عليه، وإن أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالمًا أنه طعامه برئ الغاصب، وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا، وإن كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ، لأنه قال فى رواية الأثرم فى رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال: كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له: هذا لك عندى وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى، لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه،

ويسترد بدلها الذى أداه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يتخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها، فيزول ملكه عنها وتصير ملكًا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع يمينه، لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على البدل كالبيع، ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله، كما لو خلط زيته بزيته.

ولنا: أن المغصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمين كالتالف، ولأنه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرًا، وليس هذا جمعًا بين البدل والمبدل، لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض، ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه، ولا يشبه الزيت، لأنه يجوز بيعه، ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده، إذا ثبت ذلك فإنه إذا قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب، لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقيًا بعينه ورد زيادته المتصلة، لأنها تتبع فى الفسوخ، وهذا فسخ ولا يلزم منه رد زيادته المنفصلة، لأنها وجدت فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب، وإن كان البدل تالفًا فعليه مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال.

69- مسألة: (وإن غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لأنه تلف فى يده فإن صار خلاً وجب رده وما نقص من قيمة العصير، ويسترجع ما أداه من بدله، وقال بعض أصحاب الشافعى: يرد الخل ولا يسترجع البدل، لأن العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه، فإن عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردها وأرش نقصها.

ولنا أن الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلاً عنه، كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه، وكما لو غصب حملاً فصار كبشًا، وأما السمن الزول فلنا فيه منع وإن سلمنا فالثانى غير الأول بخلاف مسألتنا.

وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان، فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه، ويتخرج أن يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكه، فإنه يستقر الضمان على الآكل فى إحدى الروايتين، فيبرأ هٰهنا بطريق الأولى، وهذا مذهب أبى حنيفة، وإن وهب المغصوب لمالكه أو أهداه إليه فالصحيح أنه يبرأ، لأنه قد سلمه إليه تسليمًا صحيحًا تامًا وزالت يد الغاصب، وكلام أحمد فى رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة، ومسألتنا فيما إذا رد إليه عين ماله وأعاد يده التى أزالها، وإن باعه إياه وسلمه إليه برئ من الضمان، لأنه قبضه بالابتياع والابتياع يوجب الضمان وإن أقرضه إياه برئ أيضًا لذلك وإن أعاره إياه برئ أيضًا لأن العارية توجب الضمان، وإن أودعه إياه أو آجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون عالمًا الحل، لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا: يبرأ، لأنه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والأول أولى، فإنه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ فهٰهنا أولى.

فصل: إذا غصب أثمانًا فطالبه مالكها بها فى بلد آخر وجب ردها إليه، لأن الأثمان قيم الأموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وإن كان المغصوب من المتقومات لزم دفع قيمته فى بلد الغصب، وإن كان من المثليات وقيمته فى البلدين واحدة أو هى أقل فى البلد الذى لقيه فيه فله مطالبته بمثله، لأنه لا ضرر على الغاصب فيه، وإن كانت أكثر فليس له المثل لأنا لا نكلفه النقل إلى غير البلد الذى غصب فيه وله المطالبة بقيمته فى بلد الغصب، وفى جميع ذلك متى قدر على المغصوب أو المثل فى بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبدًا فأبق.

فصل: قال ﷺ: **(فإن كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه فى يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب)** هذا المعروف فى المذهب، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يضمن المنافع، وهو الذى نصره أصحاب مالك، وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب دارًا فسكنها عشرين سنة لا أجترئ أن أقول عليه سكنى ما سكن، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال: هذا قول قديم، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبى عبد الله بعشرين سنة، واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبى ﷺ: «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب، ولأنه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة.

ولنا أن كل ما ضمنه بالإتلاف فى العقد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان، ولأنه أتلف متقومًا فوجب ضمانه كالأعيان، أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين،

فصل: إذا اختلف المالك والغاصب فى قيمة المغصوب ولا بينة لأحدهما فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة، كما لو ادعى عليه دينًا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتبًا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله، كذلك، فإن شهدت له البينة بالصفة ثبتت، وإن قال الغاصب: كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله، لأن الأصل عدم ذلك، والقول قول الغاصب فى قيمته على كل حال، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته، وإن شاهدنا العبد معيبًا، فقال الغاصب: كان معيبًا قبل غصبه وقال المالك: تعيب عندك فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وإن غصبه خمرًا ثم قال صاحبه: تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله، لأن الأصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وإن اختلفا فى رد المغصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك، لأن الأصل عدم ذلك واشتغال الذمة به، وإن اختلفا فى تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب، لأنه أعلم بذلك وتتعذر البينة عليه، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله، لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبدًا فأبق، وقيل ليس له المطالبة بالبدل، لأنه لا يدعيه، وإن قال: غصبت منى حديثًا فقال بل عتيقًا فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق، لأنه دون حقه.

وأما الخبر فوارد فى البيع ولا يدخل فيه الغاصب، لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع ولا يشبه الزنا، لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضى العوض فكان بمنزلة من أعاره دارًا، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها، فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شىء فيها، لأنها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها، لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها، ولأنها لا تقدر بزمن فيتلفها مضى الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته، لأنه لا عوض له، لكن عليه ضمان نقصه.

70- **مسألة:** (وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه).

لأنه بعد التلف لم تبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب.

71- **مسألة:** (وإن غصب شيئًا فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة).

لأن منافعه إلى وقت أداء القيّمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان: أصحهما: لا يلزمه، لأنه استحق الانتفاع ببدله الذى

فصل: وإذا باع عبداً فادعى إنسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك ببينة انتقض البيع ورجع المشترى على البائع بثمنه وإن لم تكن بينة فأقر البائع والمشترى بذلك فهو كما لو قامت به بينة، وإن أقر البائع وحده لم يقبل فى حق المشترى، لأنه لا يقبل إقراره فى حق غيره ولزمت البائع قيمته، لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد فى يد المشترى، لأنه ملكه فى الظاهر وللبائع إحلافه ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشترى به لأنه لا

أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه، **والثانى:** له الأجر، لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له.

فصل: (**وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة فى إحدى الروايتين والأخرى صحيحة**) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولى، وفيه روايتان: **أظهرهما:** بطلانها، **والثانية:** صحتها ووقوفها على إجازة المالك، وذكر شيخنا فى الكتاب المشروح رواية: أنها تقع صحيحة، وذكره أبو الخطاب، وسواء فى ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج، والعقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافًا، وأما ما لم يدركه المالك فوجه الصحيح فيه: أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانها يمنع ذلك.

72- **مسألة:** (**وإن اتجر بالدراهم فالربح لمالكها**).

إذا غصب أثمانًا فاتجر بها أو عروضًا فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك، لأنه نماء ملكه، قال الشريف: وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه.

73- **مسألة:** (**وإن اشترى فى ذمته ثم نقدها احتمل أن يكون الربح للغاصب**).

وكذلك ذكره أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، لأنه اشترى لنفسه فى ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب، وهذا قياس قول الخرقى، وذكر ذلك عن أحمد، واحتمل أن يكون للمالك، لأنه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال، وهذا المشهور فى المذهب، وقال صاحب المحرر: إذا اشترى فى ذمته بنية نقدها لئلا يتخذ ذلك طريقًا إلى غصب مال الغير والتجارة به، وإن خسر فهو على الغاصب، لأنه نقص حصل فى المغصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم فى الربح على ما ذكرنا، وليس على المالك من أجر العامل شيء، لأنه لم يأذن له فى العمل فى ماله، وإن كان المضارب عالمًا بالغصب فلا أجر له، لأنه متعد بالعمل ولم يغره أحد، وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله، لأنه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد.

يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد، لأنه يدعى القيمة على المشترى والمشترى يقر له بالثمن، فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب، ولا يضر اختلافهما فى السبب بعد اتفاقهما على حكمه، كما لو قال: لى عليك ألف من ثمن البيع فقال: بل ألف من قرض، وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشترى استرجاعه، لأنه لا يدعيه ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذه

فصل: وإن أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة فى إحدى الروايات كالبيع، وللمالك تضمين أيهما شاء أجر المثل، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك، لأنه دخل فى العقد على أنه يضمن المنفعة ويسقط عنه المسمى فى العقد، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به، وإن تلفت العين فى يد المستأجر فلمالكها تضمين من شاء منهما قيمتها، فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم، لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل فى مقابلة ما غرم، وإن كان عالمًا بالغصب لم يرجع على الغاصب، لأنه دخل على بصيرة، وحصل التلف فى يده فاستقر الضمان عليه، فإن ضمن الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر علم أو لم يعلم، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالغصب، وهذا قول الشافعى ومحمد ابن الحسن فى هذا الفصل، وحكى عن أبى حنيفة: أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار، وهو فاسد، لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء.

74- مسألة: (وإن اختلفا فى قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب).

إذا اختلف المالك والغاصب فى قيمة المغصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة، كما لو ادعى عليه دينًا فأقر ببعضه، وكذلك إن اختلفا فى قدره فقال: غصبتنى مائة قال: بل خمسين لما ذكرنا، وكذلك إن قال المالك كان كاتبًا أو له صناعة، فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك، فإن شهدت البينة بالصفة ثبتت.

75- مسألة: (وإن اختلفا فى رده أو عيب فيه فالقول قول المالك).

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه فى يد الغاصب، وإن قال الغاصب: كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب وأنكر المالك فالقول قوله، لأن الأصل عدم ذلك، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت الزيادة، فقال المالك: زادت قبل تلفه، وقال الغاصب: بعد تلفه، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته، وإن شاهدنا العبد معيبًا فقال الغاصب: كان معيبًا قبل غصبه، وقال المالك: تعيب عندك فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك، كما إذا اختلف البائع والمشترى فى العيب، هل كان عند البائع أو حدث عند المشترى؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع، كذلك

منه، وإن كان إقرار البائع فى مدة الخيار له انفسخ البيع، لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، وإن أقر المشترى وحده لزمه رد العبد ولم يقبل إقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن إن كان قبضه ويلزمه دفعه عليه إن كان لم يقبضه، وإن أقام المشترى بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وإن أقام البائع بينة إذا كان هو المقر نظرنا، فإن كان فى حال البيع قال: بعتك عبدى هذا أو ملكى لم تقبل بينته لأنه يكذبها وتكذبه، وإن لم يكن قال ذلك قبلت لأنه يبيع ملكه وغير ملكه، وإن أقام المدعى البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، وإن أنكراه جميعًا فله إحلافهما إن لم تكن له بينة، قال أحمد فى رجل يجد سرقته بعينها عند إنسان قال هو ملكه يأخذه، أذهب إلى حديث سمرة عن النبى ﷺ: «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه»[(٣٤)] رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة.

هذا، وإن غصبه خمرًا فقال المالك: تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله، لأن الأصل عدم تغيره وبراءة ذمة الغاصب، وإن اختلفا فى تلفه فالقول قول الغاصب إذا ادعى التلف، لأنه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله، لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها، كما لو غصب عبدًا فأبق، وقيل: ليس له المطالبة بالبدل، لأنه لا يدعيه، وإن قال: غصبت منى حديثًا قال: بل عتيقًا فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم وجوب الحديث، وللمالك المطالبة بالعتيق، لأنه دون حقه، وإن اختلفا فى الثياب التى على العبد فهى للغاصب، لأنها فى يده فكان القول قوله فيها، ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد.

76- مسألة: (وإن بقيت فى يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة).

لأنه عاجز عن ردها على أصحابها، فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك إثم غصبها، ولأن قضاء الحقوق فى الآخرة بالحسنات وحمل السيئات، فإذا طلب منه عوض الغصب أحالهم بثواب الصدقة، وعنه فى اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله، فعلى هذا له دفعه إلى نائب الإمام كالضوال.

فصل: قال رحمه الله: **(ومن أتلف مالاً محترمًا لغيره ضمنه إذا كان بغير إذنه لا نعلم فى ذلك خلافًا)** لأنه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده.

77- مسألة: (وإن فتح قفصًا فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه).

وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعى: لا ضمان عليه إلا أن يكون أهاجهما حتى ذهبا،

---

(٣٤) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٠٢/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٣/ ح ٢٢) وأبو داود (٣/ ح٣٥١٩) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٨) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٨٧، ٤٨٧) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٧٨).

فصل: وإن كان المشترى أعتق العبد فأقرا جميعًا لم يقبل ذلك وكان العبد حرًا، لأنه قد تعلق به حق لغيرهما فإن وافقهما العبد فقال القاضى لا يقبل أيضًا، لأن الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل إقراره، وهذا مذهب الشافعى ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفقوا كلهم ويعود العبد إلى المدعى، لأنه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشترى، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم إن ضمن البائع رجع على المشترى، لأنه أتلفه، وإن رجع على المشترى لم يرجع على البائع إلا بالثمن، لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن مات العبد وخلف مالاً فهو للمدعى لاتفاقهم على أنه له وإنما منعنا رد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثًا فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لأحد لأنه لا يدعيه أحد وإن صدق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشترى بالثمن وبقية الأقسام على ما مضى.

وقال أصحاب الشافعى: إن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنهما، وإن ذهبا عقيب ذلك، ففيه قولان، واحتجا بأن لهما اختيارًا، وقد وجدت منهما المباشرة، ومن الفاتح سبب غير ملجئ، فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب، كما لو حفر بئرًا فجاء عبد لإنسان فرمى نفسه فيها.

ولنا: أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان، كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله، والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط، كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة وأشلى كلبًا على صبى فقتله أو أطلق نارًا فى متاع إنسان فإن للنار فعلاً، لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه، ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور، وإنما يبقى بالمانع، فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع، كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر، وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلس، لأنه تلف بسبب فعله، فأما إن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء إنسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما، لأن سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره إنسان فطار لم يضمنه، لأن تنفيره لم يكن سبب فواته، فإنه كان ممتنعًا قبل ذلك، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان فى داره، لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله، وكذلك لو مر طائر فى هواء داره فرماه فقتله ضمنه، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه فى هواء دار غيره.

78- **مسألة:** (وإن حل وكاء زق مائع أو جامد فأذابته الشمس أو بقى بعد حله فألقته الريح فاندفق، ضمنه).

إذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامدًا فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة،

فصل: وإذا باع عبدًا أو وهبه ثم ادعى أنى فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكه فيلزمك رده علىَّ لأن البيع الأول والهبة باطلان، وإن أقام بذلك بينة نظرت فإن كان قال حين البيع والهبة هذا ملكى أو بعتك ملكى هذا، وكان فى ضمنه إقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكى أو أقبضته ملكى، ونحو ذلك لم تقبل البينة، لأنه مكذب لها وهى تكذبه، وإن لم يكن كذلك قبلت الشهادة، لأن الإنسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه.

ضمنه، سواء خرج فى الحال أو قليلاً، أو خرج منه شىء بل أسلفه فسقط، أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط، لأنه تلف بسبب فعله، وقال القاضى: لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك، وبه قال أصحاب الشافعى، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان، قالوا: لأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان.

ولنا: أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً، وكما لو جرح إنسانًا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن، وأما إذا دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسألتنا.

79- **مسألة:** (وإن ربط دابة فى طريق فأتلفت أو اقتنى كلبًا عقورًا فعقر أو خرق ثوبًا ضمن).

إذا أوقف الدابة فى طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم، لأنه متعد بوقفها فيه، وإن كان الطريق واسعًا ضمن فى إحدى الروايتين، وهو مذهب الشافعى، لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة، ولذلك لو ترك فى الطريق طينًا فزلق به إنسان ضمنه، والثانية لا يضمن، لأنه غير متعدٍّ بوقفها فى الطريق الواسع فلم يضمن، كما لو وقفها فى موات وفارق الطين فإنه متعدٍّ بتركه فى الطريق، وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف، لأنه تعدى بذلك فلزمه الضمان، كما لو بنى فى الطريق دكانًا.

80- **مسألة:** (إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه).

لأنه متعدٍّ بالدخول فقد تسبب إلى إتلاف نفسه بجنايته، وإن دخل بإذن المالك فعليه ضمانه، لأنه تسبب إلى إتلافه فإن أتلف الكلب بغير العقر، مثل أن ولغ فى إناء إنسان أو بال لم يضمنه، لأن هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضى: وإن اقتنى سنورًا يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار، فإن لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذى ليس بعقور، ولو أن الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه، لأنه لم يحصل الإتلاف بتسببه، فإن اقتنى حمامًا أو غيره من الطير فأرسله نهارًا فلقط حبًا لم يضمنه، لأن العادة إرساله.

فـصـل: إذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص فاقتص منه فضمانه على الغاصب لأنه قد تلف فى يديه فإن عفى عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لأنه نقص حدث فى يده فلزمه ضمانه لأن ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وإن جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد، لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وإن عفى عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته،

81- **مسألة:** (وقيل فى الكلب روايتان فى الجملة) .

إحداهما: يضمن، سواء كان فى منزل صاحبه أو خارجًا، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أو بغير إذنه، لأن اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه، كمن ربط دابة فى طريق ضيق، **والثانية:** لا يضمن، لقوله ﷺ : «جرح العجماء جبار»[22] ولأنه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم.

82- **مسألة:** (**وإن أجج ناراً فى ملكه أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ضمن إذا كان قد أسرف فيه أو فرط، وإلا فلا**) .

وجملته أنه إذا فعل ذلك لم يضمن إذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط، لأنه غير متعد، ولأنها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق، لأنه متعدٍّ بحله، ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح بخلاف هذا، فإن كان بتفريط منه أو إسراف بأن أجج نارًا تسرى فى العادة لكثرتها، أو فى ريح شديدة تحملها، أو فتح ماءً كثيرًا يتعدى، أو فتح الماء فى أرض غيره، أو أوقد فى دار غيره ضمن ما تلف به، وإن سرى إلى غير الدار التى أوقد فيها والأرض التى فتح الماء فيها، لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذى تعدى به، ولذلك إن يبَّست النار أغصان شجرة غيره يضمن، لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة، إلا أن تكون الأغصان فى هوائه فلا يضمن، لأن دخولها إليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف فى داره لحرمتها، ومذهب الشافعى كما ذكرنا فى هذا الفصل.

فـصل: وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه ، لأنه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة، فإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها، وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه، فإن لم يفعل ضمنه، لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وإن سقط طائر فى داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه، لأنه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير ممتنع فهو كالثوب وإن دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويًا إمساكه لنفسه ضمنه، لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب، وإلا فلا ضمان عليه، لأنه يتصرف فى برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنًا لتصرفه الذى لم يتعد فيه.

---

(22) أخرجه البخارى (٣/ ح ١٤٩٩/ فتح) ومسلم (٣/ حدود/ ١٣٣٥/ ح ٤٦).

وعلى الغاصب أقل الأمرين من قيـمته أو أرش اليد فإن زادت جناية العبد على قـيمته، ثم إنه مات فعلى الغـاصب قيمته بدفعـها إلى سيده فإذا أخذها تعلق أرش الجناية بهـا، لأنها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كمـا أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولى الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغـاصب بقيمة أخرى، لأن القيمة التى أخذها استـحقت بسبب كان فى يد الغاصب فكـانت من ضمانه، ولو كان العبـد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته، ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية، فإذا أخذها ولى الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غيـر مضمون عليه، ولو أن العبد

83- مسألة: (وإن حفر فى فنائه بئرًا لنفسه ضمن ما تلف به، والفناء ما كان خارج الدار قريبًا منها).

إذا حفر فى الطريق بئرًا لنفـسه ضمن ما تلف بها سواء حفـرها بإذن الإمام أو بغير إذنه، وسواء كان فيـها ضرر أو لا، وقال أصحاب الشافعى: إن حـفرها بإذن الإمام لم يضمن، لأن للإمام أن يأذن فى الانتفـاع بما لا ضرر فيـه، بدليل أنه يجوز أن يأذن فى القعود فـيه ويقطعه لمن يبيع فيه.

ولنا: أنه تلف بحفر حفره فى مكان مشترك بغيـر إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الإمـام، ولا نسلم أن للإمام الإذن فى هذا، وإنما جاز الإذن فـى القعود، لأنه لا يدوم ويمكن إزالته فى الحال أشبه القعود فى المسـجد، ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر.

84- مسألة: (وإن حفرها فى سابلة لنفع المسلمين لم يضمن فى أصح الروايتين).

مثل أن يحفـرها لينزل فيها مـاء المطر أو ليشرب منه المارة ونحـو هذا فلا يضمن، لأنه محسن بفعله غير متعد أشبه باسط الحـصير فى المسجد، وقال بعض أصحابنا: لا يضمن إذا كان بإذن الإمام، وإن كان بغـير إذنه لم يضمن فى إحدى الروايتين، فـإن أحمد قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم: إذا أحدث بئرًا لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن، والثانية: يضمن، أومـأ إليه أحـمد، لأنه اقـتات على الإمام، ولـم يذكر القاضى سـوى هذه الرواية، والصحيح الأول، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليـه، ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به، ففى وجوب الاستئذان فيه تفويت لهـذه المصلحة العامة، لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معًا فتضيع هذه المصلحـة فوجب سقوط الاستئذان، كما فى سائر المصالح العامة من بسط حصير فى المسجد أو وضع سراج أو رَمِّ شعث وأشباه ذلك، وحكم البناء فى الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر لكونه فى طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضـر بالمارة أو بناه لنفسه ضمن مـا تلف به، وسواء فى ذلك كله إذن الإمام وعدم الإذن، قال شيخنا: ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين

جنى فى يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى فى يده جناية تستغرق قيمته بيع فى الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثانى منهما، لأن الجناية كانت فى يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى، لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيًا، فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجانى لا يزاحم فيه، فإن مات هذا العبد فى يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه.

دون الحفر، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين، والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى فى حفرة فيها ليسهلها، ويملكها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر فى طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به، لا نعلم فيه خلافًا، وكذلك ينبغى أن يكون فى بناء القناطر، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها، لأن مصلحته لا تعم بخلاف غيره، قال بعض أصحابنا: فى حفر البئر ينبغى أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها فى مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزًا يعلم به ليتوقى.

فصل: وإن حفر العبد بئرًا فى ملك إنسان بغير إذنه أو فى طريق يتضرر به ثم أعتق ثم تلف بها شىء ضمنه العبد، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: الضمان على السيد، لأن الجناية بالحفر فى حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده، ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح فى حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه.

ولنا: أن التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه، كما لو اشترى سيفًا فى حال رقه ثم قتل به بعد عتقه، وفارق ما قاسوا عليه، لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وهاهنا حصل بعد عتقه، وكذلك القول فى نصب حجر أو غيره من الأسباب التى يجب بها الضمان.

85- **مسألة:** (وإن بسط فى مسجد حصيرًا أو علق فيه قنديلاً أو سقفه أو نصب عليه بابًا أو جعل فيه رفًا لينتفع به الناس فتلف به شىء فلا ضمان عليه).

وقال أصحاب الشافعى: إن فعل شيئًا من ذلك بغير إذن الإمام ضمن فى أحد الوجهين، وقال أبو حنيفة: يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران.

ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به، كما لو أذن فيه الإمام والجيران، ولأنه فعل ما ينتفع به المسلمون غالبًا فلم يضمن كمن مهد الطريق، ولأن هذا مأذون فيه عرفًا، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالمأذون فيه نطقًا.

٨٧٠- **مسألة:** قال: (من أتلف لذمى خمرًا أو خنزيرًا فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه).

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلمًا أو ذميًا لمسلم أو ذمى، نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهريق مسكرًا لمسلم أو لذمى خمرًا فلا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفهما على ذمى، قال أبو حنيفة: إن كان مسلمًا بالقيمة وإن كان ذميًا بالمثل، لأن عقد الذمة إذا عصم عينًا قومها كنفس الآدمى، وقد عصم خمر الذمى بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها، ولأنها مال لهم يتمولونها، بدليل ما روى عن عمر ﷺ أن عامله كتب إليه: إن أهل الذمة يمرون بالعاشر(٣٥) ومعهم الخمور، فكتب إليه عمر: ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالاً وجب ضمانها كسائر أموالهم.

ولنا: أن جابرًا روى أن النبى ﷺ قال: «ألا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة

86- **مسألة:** (وإن جلس فى مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن فى أحد الوجهين).

لأنه جلس فى مكانه له الجلوس فيه من غير تعدٍّ على أحد، وفى الآخر يضمن، لأن الطريق إنما جعلت للمرور فيها لا للجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والأول أولى، لأنه فعل فعلاً مباحًا، وقولهم: إن الطريق إنما جعلت للمرور ممنوع، فإن الطريق الواسع يجلس فيه عادة، وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه فى جميع الأوقات، وبعضها لا تباح الصلاة فيه، ولأن انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة، والله أعلم.

87- **مسألة:** (وإن أخرج جناحًا أو ميزابًا إلى الطريق فسقط على شىء فأتلفه ضمن).

وجملة ذلك أنه إذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحًا أو ساباطًا فسقط أو شىء منه على شىء فأتلفه ضمنه المخرج، وقال أصحاب الشافعى: إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان، لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما.

ولنا: أنه تلف بما أخرجه إلى هواء الطريق فضمنه، كما لو بنى حائطه مائلاً إلى الطريق، أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذى ذكرنا، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه، كما لو وضع البناء على أرض الطريق، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض، لأنه لو كان مباحًا لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأتلف شيئًا ضمنه، فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعًا يجب الضمان

(٣٥) **العاشر:** وهو عامل الزكاة الذى يقدر العشر.

والخنزير والأصنام»(٣٦) متفق على صحته، وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضمونًا فى حق المسلم لم يكن مضمونًا فى حق الذمى كالمرتد، ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة فى حق المسلم فكذلك فى حق الذمى، فإن تحريمها ثبت فى حقهما وخطاب النواهى يتوجه إليهما، فما ثبت فى حق أحدهما ثبت فى حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها، فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين، وقولهم: إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض

كله ببعض الخشبة ونصفه بجميعها، وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما تلف به، وإن كان بإذنهم فلا ضمان عليه، لأنه غير متعدٍّ فيه.

فصل: وإن أخرج ميزابًا إلى الطريق النافذ فسقط على إنسان أو شىء فأتلفه ضمن، وبهذا قال أبو حنيفة، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه، لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به، كما لو أخرجه إلى ملكه، وقال الشافعى: إن سقط كله فعليه نصف الضمان، لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره، وإن انقصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع، لأنه كله فى غير ملكه.

ولنا: ما سبق فى الجناح، ولا نسلم أن إخراجه مباح بل هو محرم، لأنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئًا يضر به أشبه ما أخرجه إلى ملك معين بغير إذنه، فأما إن أخرجه إلى ملك آدمى معين بغير إذنه فهو متعد ويضمن ما تلف به، لا نعلم فى ذلك خلافًا.

88- مسألة: (وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئًا لم يضمنه، نص عليه، وأومأ فى موضع أنه إن تقدم إليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل، ضمن).

إذا كان فى ملكه حائط مستوٍ أو مائل إلى ملكه أو بناه كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به، لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه، وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه، ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه أيضًا، لأنه بمنزلة بنائه مائلاً فى ملكه، وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه، لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط فى ترك نقضه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فإن أمكنه نقضه ولم ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن فى المنصوص عن أحمد، وهو الظاهر عن الشافعى، ونحوه قول الحسن والنخعى والثورى وأصحاب الرأى، لأنه بناه فى ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع قبل ميله، وذكر

---

(٣٦) أخرجه البخارى (٤/ ٢٢٣٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٧/ ١٥٨١) وأبو داود (٣/ ٣٤٨٦) والترمذى (٣/ ١٢٩٧) والنسائى (٧/ ٤٢٦٧) وابن ماجه (٢/ ٢١٦٧) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٤٠) وإسناده صحيح.

لهم وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها، لأنهم تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه، وتسميتها أثمانًا مجاز، كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمنًا فقال: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ (يوسف: ٢٠) وأما قول الخرقي: وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه، فلأن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه، لأننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فإن كان خمرًا جازت إراقته، وإن أظهروا صليبًا أو طنبورًا جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أُدبوا على ذلك، ويُمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.

بعض أصحابنا فيه وجهًا آخر أن عليه الضمان، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق، لأنه متعد بتركه مائلاً فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداءً، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به، ولو لم يكن موجبًا للضمان لم يضمن بالمطالبة، كما لو لم يكن مائلاً أو كان مائلاً إلى ملكه، وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها، وقال أصحابنا: يضمن، وقد أومأ إليه أحمد، وهو مذهب مالك، ونحوه قال الحسن والنخعي والثورى، وقال أبو حنيفة: الاستحسان أن يضمن، لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بإزالته، فإذا لم يزله ضمن، كما لو وضع شيئًا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان، وفيه وجه آخر: لا ضمان عليه، قال أبو حنيفة: وهو القياس، لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله، فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناه مائلاً إلى غير ملكه، فإن قلنا: عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق، لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة، كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة فإن لكل واحد منهم المطالبة، وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله الإمام لم يسقط عنه الضمان، لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم إسقاطه، وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتهنيها ومستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم، لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكًا لهم، وإن طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أمكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن إذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن، لأنه أمكنه النقض، وإن كان المالك محجورًا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان، لأنه ليس أهلاً للمطالبة، وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك، لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل، وإن كان الملك مشتركًا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل

فصل: **وإن غصب من ذمى خمراً لزمه ردها لأنه يقر على شربها، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها**، لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بإراقتها[(٣٧)]، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها، لأن ابن عباس روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[(٣٨)] ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها فى يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها، لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها إليه، فإن تلفت ضمنها له، لأنها مال للمغصوب منه تلف فى يد الغاصب، وإن أراقها فجمعها إنسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل، لأنه أخذها عند إتلافها وزوال اليد عنها.

وجهين: أحدهما: لا يلزمه شىء، لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز، **والثانى:** يلزمه بحصته، لأنه يتمكن من النقض بمطالبته شركاءه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطًا، فإن كان ميل الحائط إلى ملك آدمى معين إما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا، إلا أن المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذى مال إليه دون غيره، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته، كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق إلا أنه متى طولب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التى مال إليها جاز، لأن الحق له وهو يملك إسقاطه، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم، لأن الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم، لأن الحق للجميع.

فصل: وإن لم يمل الحائط لكن تشقق، فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه، وحكمه حكم الصحيح قياسًا عليه، وإن خيف وقوعه لكونه مشقوقًا بالعرض فحكمه حكم المائل، لأنه يخاف من التلف أشبه المائل.

فصل: ولو بنى فى ملكه حائطًا مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شىء أو سقط على شىء أتلفه ضمن لتعديه، فإنه ليس له البناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به، وهذا مذهب الشافعى، ولا نعلم فيه مخالفًا.

فصل: إذا تقدم إلى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلاً فسقط على شىء فتلف به فلا ضمان على بائعه، لأنه ليس بملكه، ولا على المشترى، لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك إن

---

(٣٧) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٦٧٥) والترمذى (٣/ ح ١٢٩٣) وأحمد فى مسنده (٣/ ١١٩، ١٨٠، ٢٦٠) وإسناده صحيح.

(٣٨) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٦/ ١٥٧٩) والنسائى (٧/ ٤٦٧٨) والدارمى (٢/ ٢١٠٣) وأحمد فى مسنده (١/ ٢٣٠، ٢٤٤، ٣٢٤، ٣٥٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٦).

فـصل: وإن غَصَبَ كلبًا يجوز اقتناؤه وجب رده، لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال، وإن أتلفه لم يغرمه، وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر، لأنه لا تجوز إجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين فى طهارته بالدبغ، فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال: لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه، فإن أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه، لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دبغه الغاصب لزم رده، إن قلنا بطهارته، لأنه كالخمر إذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده، لأنه صار مالاً بفعله، بخلاف الخمر، وإن قلنا: لا يطهر لم يجب رده، لأنه لايباح الانتفاع به، ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا: يباح الانتفاع به فى اليابسات، لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب، وكذلك قبل الدبغ.

وهبه وأقبضه، وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدميًا، فالدية على عاقلته، فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك ببينة، لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك، وإن اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم، لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف، وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا، وإن كان الحائط فى يد صاحبهم وهو ساكن فى الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر، والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى.

89- مسألة: (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون فى يد إنسان، كالراكب والسائق والقائد، قد يضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها).

إذا أتلفت البهيمة شيئًا فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها، لقول النبى ﷺ: «العجماء جرحها جبار» يعنى هدرًا، فأما إن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فإنه يضمن، وهذا قول شريح وأبى حنيفة والشافعى، وقال مالك: لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث، ولأنه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها.

ولنا: قول النبى ﷺ: «والرجل جبار»(23) رواه سعيد بإسناده عن الهزيل بن شرحبيل عن النبى ﷺ وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ، وتخصيص الرجل بكونها جبارًا دليل على وجوب الضمان فى جناية غيرها، ولأنه يمكنه حفظها من الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها، بخلاف من لا يد له عليها، وحديثه محمول على من لا يدل له عليها.

فـصل: ولا يضمن ما جنت برجلها، وبه قال أبو حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى: أنه يضمنها، وهو قول شريح والشافعى، لأنه من جناية بهيمة يده عليها فضمنه كجناية يدها.

---

(23) أخرجه أبو داود (٤/ ح ٤٥٩٢) والبيهقى (٨/ ٣٤٣) والدارقطنى (٣/ ١٥٢) وعبد الرزاق فى مصنفه (٩/ ح ١٧٨٧٤) وإسناده ضعيف لم يروه عن الزهرى إلا سفيان بن حسين، وهو ضعيف فى الزهرى.

فـصل: وإن كسر صليبًا أو مزمارًا أو طنبورًا أو صنمًا لم يضمنه، وقال الشافعى إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسورًا لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه، وقال أبو حنيفة يضمن.

ولنا: أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبى ﷺ: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[(٣٩)] متفق عليه، وقال النبى ﷺ: «بُعثت بمحق القينات والمعازف»[(٤٠)].

ولنا: قول النبى ﷺ: «الرجل جبار» ولأنه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها، كما لو لم تكن يده عليها، فأما إن كانت جنايتها بفعله، مثل أن كبحها أو ضربها فى وجهها ونحو ذلك فإنه يضمن جناية رجلها، لأنه السبب فى جنايتها فكان عليه ضمانها، ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها، لأنه السبب فى جنايتها.

فصل: فإن كان على الدابة راكبان فالضمان على الأول منهما، لأنه المتصرف فيها القادر على كفها إلا أن يكون الأول منهما صغيرًا أو مريضًا ونحوهما، ويكون الثانى هو المتولى لتدبيرها فيكون الضمان عليه، فإن كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما، لأن كل واحد منهما لو انفرد ضمن فإذا اجتمعا ضمنا، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعًا فى أحد الوجهين لذلك، **والثانى**: الضمان على الراكب لأنه أقوى يدًا وتصرفًا، ويحتمل أن يكون على القائد، لأنه لا حكم للراكب معه.

فـصل: والجمل المقطور على الجمل الذى عليه راكب يضمن جنايته، لأنه فى حكم القائد، فأما الجمل المقطور على الجمل الثانى فينبغى أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق، لأن الراكب الأول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته، لأنه لا يمكنه حفظه، وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد أنه يضمن قال: لأنه يمكنه ضبطه بالشد.

90- مسألة: (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهارًا).

---

(٣٩) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٣٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٧/ ح ٧١) وأبو داود (٣/ ح٣٤٨٦) والترمذى (٣/ ح ١٢٩٧) والنسائى (٧/ ح ٤٢٦٧) وابن ماجه (٢/ ح ٢١٦٧) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٤٠).

(٤٠) أخرجه أحمد فى مسنده (٥/ ٢٥٧، ٢٦٨) وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ٦٩) وقال: رواه أحمد والطبرانى، وفيه على بن يزيد وهو ضعيف، انظر كنز العمال (٤٠٦٨٩) بنحوه، وقال: سنده ضعيف.

فصل: وإن كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لأن اتخاذها محرم، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره إبريقًا فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، قيل له أليس قد نهى النبى ﷺ عن اتخاذها(٤١)؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه، نص عليه أحمد فى رواية المروذى فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان عليه، لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه، ولأن فى هذه الرواية أنه قال: يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

يعنى إذا لم تكن يد أحد عليها، وهذا قول مالك والشافعى وأكثر فقهاء الحجاز، وقال الليث: يضمن مالكها ما أفسدته ليلاً ونهارًا بأقل الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد إذا جنى، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه بحال، لقول النبى ﷺ: «العجماء جرحها جبار»(24) يعنى هدرًا، ولأنها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع.

ولنا: ما روى مالك عن الزهرى عن حزام بن سعيد بن محيصة أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم(25) قال ابن عبد البر: إن كان هذا مرسلاً فهو مشهور حدث به الأئمة الثقاة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول، ولأن العادة من أهل المواشى إرسالها فى النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهارًا دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها فى وقت عادة الحفظ، وإن تلفت نهارًا كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم، وقد فرق النبى ﷺ بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ فى وقت عادته.

فصل: قال بعض أصحابنا: إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً إذا فرط بإرسالها ليلاً أو نهارًا أو لم يضمها بالليل أو ضمها بحيث يمكنها الخروج، أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها، لأنه المتلف، قال القاضى: هذه

---

(٤١) أخرجه البخارى (٣/ ح ١٢٣٩/ فتح) ومسلم (٣/ ١٦٣٥ - ١٦٣٦/ ح ٣) والترمذى (٣/ ح٢٨٠٩) والنسائى (٤/ ح ١٩٣٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٨٤، ٢٩٩).

(24) أخرجه البخارى (٣/ ح ١٤٩٩/ فتح) ومسلم (٣/ حدود/ ١٣٣٤/ ح ٤٥) وأبو داود (٤/ ح ٤٥٩٣) والترمذى (٣/ ح ١٣٧٧) والنسائى (٥/ ح ٢٤٩٤) وابن ماجه (٢/ ح ٢٦٧٣) والدارمى (٢/ ح ٢٣٧٧) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٢٨، ٢٣٩. ، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥، ٣١٩، ٣٨٦، ٤٠٦، ٤١٥، ٤٥٤، ٤٦٧، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٩٣، ٤٩٥، ٤٩٩، ٥٠١) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٦٨ - ٨٦٩/ ح١٢) والبيهقى (٨/ ٣٤٣) والدارقطنى (٣/ ١٥٢).

(25) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٩، ٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٣٢) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٩٥) ومالك فى الموطأ (٧٤٧ - ٧٤٨/ ح ٣٧) وإسناده صحيح.

فصل: وإن كسر آنية الخمر ففيها روايتان: **إحداهما:** يضمنها، لأنه مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر، ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضى سقوط ضمانها كالبيت الذى جعل مخزنًا للخمر، **والثانية:** لا تضمن لما روى الإمام أحمد فى مسنده(٤٢)، حدثنا أبو بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرنى رسول الله ﷺ أن آتيه بمدية ـ وهى الشفرة ـ فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال: «اغد على بها» ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر

المسألة عندى محمولة على موضع فيه مزارع ومراعٍ، أما القرى العامرة التى لا مرعى فيها إلا بين قراحين كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع، فإن فعل فعليه الضمان لتفريطه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى.

فصل: فإن أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكى عن شريح أنه قضى فى شاة وقعت فى غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها، وقرأ ﴿إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾ (الأنبياء: ٧٨) قال: والنفش لا يكون إلا بالليل، وعن الثورى يضمن، وإن كان نهارًا لتفريطه بإرسالها.

ولنا: قول النبى ﷺ: «العجماء جرحها جبار» متفق عليه، أى: هدر، وأما الآية فالنفش: هو الرعى بالليل وكان هذا فى الحرث الذى تفسده البهائم بالرعى طبعًا وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه.

فصل: إذا استعار بهيمة فأتلفت شيئًا وهى فى يد المستعير فضمانه عليه، سواء كان المتلف لمالكها أو لغيره، لأن ضمانه يجب باليد، واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة فى يد الراعى فأتلفت زرعًا أو شجرًا فالضمان على الراعى دون المالك، لأن إتلاف ذلك فى النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها، واليد للراعى دون المالك فضمن كالمستعير، وإن كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن أيضًا، لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن فى الليل والنهار جميعًا.

91- **مسألة:** (ومن صال عليه آدمى أو غيره فقتله دفعًا عن نفسه لم يضمنه، **لأنه قتله بالدفع الجائز فلم يجب ضمانه**).

فإن كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعًا ولا يضمنها إذا

---

(٤٢) أخرجه أحمد فى مسنده (٢/ ١٣٣) وفى إسناده أبو بكر بن عبد الله بن أبى مريم وله شاهد من حديث ابن عمر وأخرجه أحمد أيضًا (٢/ ٧١) وفيه أبو طعمة، وقال أحمد شاكر (٦١٦٥): إسناده حسن أو صحيح، وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ٥٤) رواه كله أحمد بإسنادين فى أحدهما أبو بكر ابن أبى مريم وقد اختلط، وفى الآخر أبو طعمة، وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وضعفه مكحول، وبقية رجاله ثقات. اهـ.

قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى، وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقًا إلا شققته، وروى عن أنس قال: كنت أسقى أبا طلحة وأبى بن كعب وأبا عبيدة شرابًا من فضيخ فأتانا آت فقال: إن الخمر قد حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها[٤٣]، وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة إتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات.

كانت لغيره، وهذا قول مالك والشافعى وإسحاق، وقال أبو حنيفة: يضمنها، لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فضمنه كالمضطر إذا أكل طعام غيره، وكذلك الخلاف فى غير المكلف من الآدميين كالصبى والمجنون يجوز قتله ويضمنه، لأنه لا يملك إباحة نفسه، ولذلك لو ارتد لم يقتل.

ولنا أنه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد، ولأنه حيوان جاز إتلافه فلم يضمنه كالآدمى المكلف، ولأنه قتله لدفع شره فأشبه العبد، وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فأشبه ما لو نصب حربة فى طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها، وفارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه إلى إتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته، ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه، ولو قتله ليأكله فى المخمصة وجب عليه الضمان، وغير المكف كالمكلف فى هذا، وقولهم لا يملك إباحة نفسه، قلنا: والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال: أبحت دمى، لم يبح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

92- مسألة: **(وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)**.

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كاللتين فى بحر أو ماء واقف، فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما، وإن لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعى: يضمن فى أحد الوجهين، لأنهما فى أيديهما فضمنا كما لو اصطدم فارسان لغلبة الفرسين لهما.

ولنا: أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما فى الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة، ويخالف الفرسين فإنه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما، وإن كان أحدهما مفرطًا وحده ضمن وحده، وإن اختلفا فى تفريط القيم ولا بينة، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدمه وهو أمين أشبه المودع، وعند الشافعى أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة

---

(٤٣) أخرجه البخارى (١٠/ ٥٥٨٢/ فتح) ومسلم (٣/ أشربة/ ١٥٧٢/ ١٩٨٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٦، ٨٤٧).

فصل: ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر، فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالإتلاف، وإن أخذ حرًا فحبسه فمات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وإن استعمله مكرهًا لزمه أجر مثله، لأنه استوفى منافعه ـ وهي متقومة ـ فلزمه ضمانها كمنافع العبد، وإن حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان: **أحدهما:** يلزمه أجر تلك المدة، لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد، **والثاني:** لا يلزمه، لأنها تابعة لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه، ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه، وجهًا واحدًا، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى، ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها، لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيرًا أو صغيرًا، وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي.

صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين، وسنذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ والتفريط أن يكون قادرًا على ضبطهما أو ردها عن الأخرى فلم يفعل، أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل، أم لم يكمل آلتها من الرجال والحبال وغيرهما.

93- مسألة: (وإن كانت إحداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ريح فلم يقدر علَى ضبطها).

متى كان قيم المنحدرة مفرطًا فعليه ضمان المصعدة، لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سببًا لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة منزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقتا جميعًا فلا شيء على المصعد، وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو أرش ما نقصت إن لم تتلف كلها إلا أن يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد، وإن لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه، لأنه لا يدخل في وسعه: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ (البقرة: ٢٨٦) فإن كانت إحدى السفينتين واقفة والأخرى سائرة فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطًا فلا ضمان عليه إذا لم يفرط على ما ذكرنا.

فصل: فإن خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد، لأنه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره، وإن ألقى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده، وإن قال لغيره: ألق متاعك فقبل منه لم يضمنه، لأنه لم يلتزم ضمانه، وإن قال: ألقه وأنا ضامن له أو على قيمته لزم ضمانه، لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه، كما لو قال: أعتق عبدك وعلى ثمنه، وإن قال: ألقه وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه فألقاه، ففيه وجهان: **أحدهما:** يلزمه، ضمانه وحده، ذكره أبو

فــصل: وأم الولد مضمـونة بالغصب، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفـة لا تضمن، لأن أم الولد لا تجرى مجـرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حـق الغرماء، فأشبهت الحر.

ولنا: أن ما يضـمن بالقيمـة يضمن بالغصب كـالقن، ولأنها مملوكـة فأشبـهت المدبرة وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة.

فــصل: وإذا فتح قفصًا على طائر فطـار، أو حل دابته فذهبت ضمنها، وبه قال مـالك، وقال أبو حنيـفة والشافعى لا ضـمان عليه إلا أن يكون أهاجهـما حتى ذهبا، وقـال أصحاب الشافـعى إن وقفا بعـد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضـمنها وإن ذهبا عـقيب ذلك ففيـه قولان، واحتجـا بأن لهما اختيـارًا وقد وجدت منهما المـباشرة، ومن الفاتح سبب غـير ملجئ، فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئرًا فجاء عبد لإنسان فرمى نفسه فيها.

ولنا: أنه ذهب بسـبب فعله فلزمـه الضمـان كمـا لو نفره أو ذهب عـقيب فـتحـه وحله والمباشـرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحـكم عليه فيسقط، كـما لو نفر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلبًا على صبى فقتله أو أطلق نارًا فى متـاع إنسان، فإن للنار فعلاً لكن لما لم

بكر، وهو نص الشافعى، لأنه التـزم ضمان جميـعه فلزمه ما التزمه، وقـال القاضى: إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول: نحن نضمن لك أو قال: على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنه لم يضمن إلا حصته وإنما أخبر عن الباقين بالضـمان، فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان، وإن التزم ضمان الجميع وأخـبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمـان الكل لأنه ضمن الكل، وإن قال: ألقه على أن أضـمنه لك أنا وركبان السـفينة فقـد أذنوا لى فى ذلك فأنكروا الإذن فهـو ضامن للجميع، وإن قال: ألقى متاعى وتضمنه؟ فقال: نعم، ضمنه له، وإن قال: ألق متاعك وعلىَّ ضمـان نصفـه وعلى أخى ضمان مـا بقى فألقـاه فعليـه ضمان النصف وحـده ولا شىء على الآخر، لأنه لم يضمن، والله أعلم.

فــصل: إذا خرق سفينة فغـرقت بما فيها وكان عمدًا وهو مما يغـرقها غالبًا ويهلك من فيها، لكونهم فى اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة، فعليه القصاص إن قتل من يجب القصاص بقتله، وعليه ضمان السفينة بما فيهـا من مال ونفس، وإن كان خطأ فعليه ضمان العبيد، ودية الأحرار على عاقلتـه، وإن كان عمد خطأ مثل أن أخذ السـفينة ليصلح موضعًـا فقلع لوحًا أو يصلح مـسمـارًا فنقب موضـعًا فـهو عـمد الخطأ، ذكـره القاضى، وهو مـذهب الشافـعى، والصحيح أن هذا خطأ محض، لأنه قصد فعلاً مبـاحًا فأفضى إلى التلف لما لم يرده فأشبه ما لو رمى صيدًا فأصـاب آدميًا فقتله، ولكن إن قصد قلع اللوح فى مـوضع الغالب أنه لا يتلفها فأتلفها فهو عمد الخطأ فيه ما فيه.

يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه، ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع، فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فـكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانـكسر، وهكذا لوحل قيد عبـد فذهب أو أسير فأفلـت، وإن فتح القفص وحل الفرس فـبقيا واقـفين فجاء إنسـان فنفرهما فذهـبا فالضمـان على منفرهما، لأن سبـبه أخص فاختص الضمـان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر إنسان على جـدار فنفره إنسان فطار لم يضمنه، لأن تنفيره لم يكن سـبب فواته فإنه كان ممتنعًا قبل ذلك، وإن رمـاه فقتله ضمنه وإن كان فى داره، لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قـتله، وكذلك لو مر الطائر فى هواء داره فرماه فقتله ضمنه، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه فى هواء دار غيره.

فـصل: ولو حل زقًا فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج فى الحال أو خرج قليلاً قليلاً أو خرج منه شىء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبـيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كـان جامـدًا فذاب بشـمس، لأنه تلف بسبب فـعله، وقال القـاضى: لا

94- مسألة: (وإن كسر مزمارًا أو طنبورًا أو صليبًا لم يضمنه).

وقال الشافعـى: إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسـر لم يصلح لزمه ما بين قيمتـه مفصلاً ومكسورًا، لأنه أتلف بالكسر مـا له قيمة، وإن كان لا يصلح لمنفعـة مباحة لم يضمن، وقال أبو حنيفة: يضمن.

ولنا: أنه لا يحل بيـعه فلم يضـمنه كالميـتة، والدليل علـى أنه لا يحل بيعه قـول النبى ﷺ: «إن الله حرم بيع الخمر والمـيتة والخنزير والأصنام»(26) متفق عـليه، وقال ﷺ: «بعثت بمحق القينات والمعازف»(27).

95- مسألة: (وإن كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمنها).

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن، فإن مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيـره إبريق فضـة عليه قيـمتـه يصوغه كـما كان، فـقيل له: أليس قـد نهى النبى ﷺ عن اتخاذها، فـسكت، والصحيح أنه لا يضمن، نص عليـه فى رواية المروذى فيمن كـسر إبريق فضة: لا ضمان عـليه، لأنه أتلف ما ليس بمباح، فلم يضمنه كالمـيتة، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قـوله ذلك لكونه سكت حـين ذكر السـائل النهى عنه، وليس فى رواية مـهنا أنه قال: يصوغه ولا تحل صناعته فكيف تجب؟.

---

(26) أخرجه البـخارى (٤/ ٢٢٣٦/ فتح) ومسلم (٣/ مـساقاة/ ١٢٠٧/ ١٥٨١) وأبو داود (٣/ ٣٤٨٦) والترمذى (٣/ ١٢٩٧) والنسائى (٧/ ٤٢٦٧) وابن مـاجه (٢/ ٢١٦٧) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٤٠) وإسناده صحيح.

(27) أخرجه أحـمد فى مسنده (٥/ ٢٥٧، ٢٦٨) وذكره الهيـثمى فى المجمع (٥/ ٦٩) وقـال رواه أحمد والطبـرانى، وفيـه على بن يزيد وهـو ضعـيف، وانظر كنز العـمال (٤٠٦٨٩) بـنحوه، وقـال: سنده ضعيف.

يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة، ويضمن فيمـا سوى ذلك، وهو قول أصحاب الشافعى، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجـهان، واحتجوا بأن فعله غير ملجئ، والمـعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان.

ولنا: أن فعله سـبب تلفه ولم يتخلل بـينهما ما يمـكن إحالة الحكم عليه، فـوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليـلاً قليلاً وكما لو جرح إنسانًا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن، وأما إن دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما مباشرة يمكن الإحالة عليها بخلاف مسألتنا ولو كـان جامدًا فأدنى منه نارًا فأذابه فسال فالضمـان على من أذابه، لأن سببه أخص لكون التلف يعقبـه، فأشبه المنفر مع فـاتح القفص، وقال بعض الشافعيـة: لا ضمان على واحد منهـما كسارقـين نقب أحدهما وأخرج آخـر المتاع، وهذا فاسـد، لأن مدنى النار ألجأه إلى الخروج فـضمنه كما لو كان واقـفًا فدفقه، والمـسألة حجة عليه فـإن الضمان على مخرج المـتاع من الحرز، والقطع حد لا يجب إلا بهـتك الحرز وأخذ المال جمـيعًا، ثم إن الحد يدرأ بالشـبهـات بخلاف الضمـان، ولو أذابه أحدهما أولاً ثم فـتح الثانى رأســه فاندفق فالضمان على الثانى لأن التلف تعقبه، وإن فتح زقّا مستعلى الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فـجاء آخر فنكسه فاندفق فضمان مـا خرج بعد التنكيس على المنكس وما قبله على الفاتح، لأن فعل الثانى أخص كالجارح والذابح.

96- مسألة: (وإن كسر إناء خمر لم يضمنه فى أصح الروايتين).

لما روى عن ابن عمر قال: أمرنى رسول الله ﷺ أن آتيـه بمدية ـ وهى الشفرة ـ فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها، وقال: «اغد علىَّ بها» ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقـاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فـشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلهـا، وأمر أصحابه الذين معـه أن يمضوا معى ويعـاونونى وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، رواه أحمد[28]، وروى عن أنس قال: كنت أسقى أبا طلحة وأبى بن كعب وأبا عبيدة شرابًا من فضيخ فأتانا آت، فقال: إن الخمر قد حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الدنان فـاكسرها[29]، وهذا يدل على سقوط حرمـتها وإباحة إتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات، والثانـية: يضمنها إذا كان ينتفع بها فى غيره، لأنها مال يمكن الانتفاع به، ويحل بيـعه فيضمنهـا كما لو يكن فيهـا خمر، ولأن جعل الخمر فـيها لا يقتضى سقوط ضمانها كالبيت الذى جعل مخزنًا للخمر.

---

(28) أخرجه أحمد فى مسنده (٢/ ١٣٣) وفى إسناده أبو بكر بن عبـد الله بن أبى مريم، وقال أحمد شاكر (٦١٦٥) من مسند الإمام أحمد: إسناده حسن أو صحيح.

(29) أخرجه البخارى (١٠/ ٥٥٨٢/ فـتح) ومسلم (٣/ أشربة/ ١٥٧٢/ ١٩٨٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٦، ٨٤٧).

فصل: **وإن حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى،** والخلاف فيها كالخلاف فى الطائر فى القفص.

فصل: إذا أوقد فى ملكه نارًا أو فى موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعدٍ ولأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقّا فاندفق لأنه متعدٍّ بحله ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد إلى تلف مال غيره وإن كان ذلك بتفريط منه بأن أجج نارًا تسرى فى العادة لكثرتها أو فى ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرًا يتعدى، أو فتح الماء فى أرض غيره أو أوقد فى دار غيره ضمن ما تلف به، وإن سرى إلى غير الدار التى أوقد فيها والأرض التى فتح الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذى تعدى به، وإن أوقد نارًا فأيبست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان فى هوائه فلا يضمنها، لأن دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف فى داره لحرمتها، وهذا الفصل مذهب الشافعى كما ذكرنا سواء.

فصل: **وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه،** لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظه كاللقطة، وإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها، وإن عرف صاحبه

فصل: إذا غصب أرضًا فحكمها فى جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب، فإن كانت محوطة وكالدار والبستان المحوط عليه لم يجز دخولها لغير مالكها إلا بإذنه، لأن ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير إذنه، كما لو كانت فى يده، قال أحمد فى الضيعة تصير غيضة فيها سمك: لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعى حشيشها، قال أحمد: لا بأس برعى الكلأ فى الأرض المغصوبة، وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض، ويتخرج فى كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياسًا لها عليها، ونقل عنه المروذى فى دار طوابيقها غصب لا يدخل على والديه، لأن دخوله عليهما تصرف فى الطوابيق المغصوبة، ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد فى رجل له إخوة فى أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج، فإن أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم، يعنى يزورهم يأتى باب دراهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم.

ونقل المروذى عنه: أكره المشى على العبّارة التى يجرى فيها الماء، وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها، قال أحمد: لا يدفن فى الأرض المغصوبة لما فى ذلك من التصرف فى أرضهم بغير إذنهم، وقال أحمد فيمن ابتاع طعامًا من موضع غصب ثم علم: رجع إلى الموضع الذى أخذه منه فرده، وروى عنه أنه قال: يطرحه يعنى على من ابتاعه منه، وذلك لأن قعوده فيه حرام منهى عنه، فكان البيع فيه محرمًا، ولأن الشراء ممن يقعد فى

لزمه إعــلامه، فإن لم يفعل ضــمنه، لأنه أمسك مال غـيره بغيـر إذنه من غير تعريف فـصار كالغاصب، وإن سقط طائر فى داره لم يلـزمه حفظه ولا إعلام صاحبه، لأنه محـفوظ بنفسه، وإن دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويًا إمساكه لنفســه ضمنه، لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمــان عليه، لأنه يتصرف فى برجه كيف شاء فلا يضـمن مال غيره بتلفه ضمنًا لتصرفه الذى لم يتعد فيه.

فــصل: **إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبـها عليها لكونه معها ضَمِنَ وإن لم يكن معـها لم يضــمن ما أكلـته**، وإذا استعار من رجل بهـيمته فأتلفت شيئًا وهى فىَ يد المـستعير فضــمانه على المستـعير، ســواء أتلفت شيئًــا لمالكها أو لغيــره لأن ضمانه يجب باليــد واليد للمستعيـر وإن كانت البهيمة فى يد الراعى فأتلفت زرعًا فالضمــان على الراعى دون صاحبها، لأن إتلافها للزرع فى النهــار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليهــا، واليد للراعى دون المالك فكان الضمان عليه كــالمستعير، وإن كــان الزرع للمالك فإن كان ليلاً ضمن أيضًــا، لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به فى الليل والنهار جميعًا.

فــصل: إذا شهد بالغصب شاهدان فشهد أحدهمــا أنه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما، وإن شهد أحدهما أنه أقر بالغصب يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة، لأن الإقرار وإن اختلف رجع إلى أمر واحد، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثـبت البينة أيضًــا، وإن شهــد له واحد وحلف مــعه ثبت الغـصب فلو كان الغــاصب حلف بالطلاق أنه لم يغصبه لم نوقع طلاقه لأن الشاهد واليمين بينة فى المال لا فى الطلاق، والله أعلم.

الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه، وترك الشراء منهم يمنعهم القعود، فقال: لا يبتاع من الحانات التى فى الطرق إلا أن لا يجد غـيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال فى السلطان إذا بنى دارًا وجمع الناس إليــها: أكره الشراء منهــا، قال شيخنا: وهذا على ســبيل الورع ـ إن شاء الله تعالى ـ لما فــيه من الإعانة على فعل المحرم، والظاهر صــحة البيع، لأنه إذا صحت الصلاة فى الدار المـغصوبة فى رواية وهى عـبادة فما ليس بعـبادة أولى، وقال فيــمن غصب ضيــعة وغصـبت من الغاصب وأراد الثانــى ردها: جمع بينهمــا يعنتى بين مالكهــا والغاصب الأول، وإن مات بعضهم جــمع ورثته إنما قال هذا احتياطًا خوف التـبعة من الغاصب الأول، لأنه ربما طالب بها فــادعاها ملكًا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكهــا، وقد صرح بهذا فى رواية عبد الله فى رجل اسـتودع رجلاً ألفًا فجاء رجل إلــى المستودع فقال: إن فـلانًا غصبنى الألف الذى استودعكه وصح ذلك عند المستودع فإن لــم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه.

كتاب الشفعة

وهى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهى ثابتة بالسنة والإجماع، أمـا السنة: فما روى عن جابر ﵁ قال: قضى رسـول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[(١)]، متفق عليـه، ولمسلم قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم رَبْعَة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يسـتأذن شـريكه، فـإن شاء أخـذ، وإن شاء تـرك، فإن باعً ولم يسـتـأذنه فهـو أحق به[(٢)]، وللبخارى: إنما جـعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم، فـإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[(٣)].

والمـعنى فى ذلك أن أحد الشـريكين إذا أراد أن يبيـع نصيبـه وتمكن من بيـعه لشـريكه وتخليصه مما كـان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذى يقتضـيه حسن العشرة أن يبيعـه منه ليصل إلى غرضـه من بيع نصيبه وتخليـصه شريكه من الضرر، فـإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبى سلط الشرع الشريك على صـرف ذلك إلى نفسه، ولا نعلم أحدًا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة، لأن فى ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإن المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتـاعه لم يبتعه، ويتـقاعد الشريك عن الشـراء فيستضـر المالك، وهذا ليس

باب الشـــفعة

وهى استحقاق الإنسان انتزاع حصة شـريكه من يد مشتريها، وهى ثابتة بالسنة والإجماع، أما السنة فـما روى جابر قال: قضـى رسول الله ﷺ بالشفعـة فيما لم يقسـم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، متفق عليه، ولمسلم قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم ربعـة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شـريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فـإن باع ولم يستأذنه فـهو أحق به، وللبـخارى: إنما جـعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحـدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، والمـعنى في ذلك أحد الشريكيـن إذا أراد أن يبيع نصيـبه وتمكن من بيعـه لشريكه

---

(١) أخرجـه البخارى (٤/ ٢٢١٣/ فـتح) ومسلم (٣/ مسـاقاة/ ١٢٢٩/ ح ١٣٣) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ١٣٧٠) والنسائى (٧/ ٤٧١٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٩/ ١٦٠٨) وأبو داود (٣/ ٣٥١٣) والنسائى (٧/ ٤٧١٥).

(٣) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١٠٨/ ٥١٢).

بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين: أحدهما: أنَّا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء، الثانى: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج، فإن الشفيع كان نصيبه منفردًا فى ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع فى ملكه.

٨٧١- **مسألة:** قال أبو القاسم: (**ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**).

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل، إذ هى انتزاع ملك المشترى بغير رضاء منه وإجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة، فلا تثبت إلا بشروط أربعة: أحدها: أن يكون الملك مشاعًا غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الأنصارى وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن شبرمة والثورى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى: الشفعة بالشركة، ثم بالشركة فى الطريق، ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة: يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركًا كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب والأقرب فالأقرب، فإن

وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبى سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه، قال شيخنا: ولا نعلم أحدًا خالف هذا إلاَّ الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة فإن فى ذلك إضرارًا بأرباب الأملاك، فإن المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذى ذكره ليس بشيء لمخالفته الأحاديث الصحيحة والإجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين: أحدهما: أنَّا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء، الثانى: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج، فإن الشفيع كان نصيبه منفردًا فى ملكه، فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، وقيل: اشتقاقها من الزيادة، لأن الشفيع يزيد المبيع فى ملكه.

أ- **مسألة: ولا يحل الاحتيال على إسقاطها، فإن فعل لم يسقط**، نص عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد، وقد سأله عن الحيلة فى إبطال الشفعة، فقال: لا يجوز شيء من الحيَل فى ذلك ولا فى إبطال حق مسلم، وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبى شيبة وأبو

لم يأخذوا ثبـتت للملاصق من درب آخر خـاصة، وقال العنبـرى وسوار: تثبت بالشـركة فى المال وبالشركـة فى الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال: قـال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بصـقبـه»(٤) رواه البخـارى وأبو داود، وروى الحسن عن سمـرة: أن النبى ﷺ قال: «جـار الـدار أحق بالدار»(٥) رواه الترمذى وقـال: حديث حسن صحـيح؛ ورواه الترمذى فى حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبًا إذا كان طريقهما واحد»(٦) وقال حديث حسن، ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «الشفعـة فيما لم يقسم فإذا وقـعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(٧) وروى ابن جريج عن الزهرى عن سعيد بن المسيب - أو عن أبى سلمة أو عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الأرض وحُدَّت فـلا شفعة فيها»(٨) رواه أبـو داود،

إسحاق الجوزجانى، وقال عبد الله بن عـمر: من يخدع الله يخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا فى البيع شيـئًا لا يؤخذ بالشفعـة معه ويتواطئون فى الباطـن على خلافه مثل أن يشترى شـيئًا يساوى عشرة دنـانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عـشرة دنانير، أو يشتريه بمائة دينـار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشترى البائع من المشترى عبدًا قـيمته مائة بألف فى ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشترى شقصًا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشترى جزءًا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيـه أو يهب الشقص للمشترى ويهب المـشترى له الثمن أو يعقـد البيع بثمن مجهـول المقدار كحفنة قراضــة أو جوهرة معينة أو سلعة مـعينة غير موصـوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا، فإن وقع ذلك من غـير تحيل سقطت الشفعة، وإن تحـيلا به على إسقاط الشفـعة لم تسـقط ويأخذ الشفـيع الشقص فى الصـورة الأولى بعشـرة دنانير أو قـيمتـها من الدراهم، وفى الثانية بمائة درهم أو قيـمتها ذهبًا، وفى الثالثة بقيمة العـبد المبيع، وفى الرابعة بالباقى بعد الإبراء، وفى الخامسة يأخذ الجزء المـبيع من الشقص بقسطه من الثمن، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن، لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضًا عن الثمن الذى اشترى

---

(٤) أخرجـه البخـارى (٤/ ٢٢٥٨/ فتح) وأبو داود (٣/ ٣٥١٦) والنـسائى (٧/ ٤٧١٧) وابن مـاجه (٢/ ٨٣٣، ٨٣٤) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٨٨) (٥/ ٨، ١٢، ١٣، ١٧، ١٨).

(٥) أخرجه الترمذى (٣/ ١٣٦٨) وأبو داود (٣/ ٣٥١٧) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٨٨) (٥/ ٥، ٨، ١٢، ١٣، ١٧، ١٨) وقال أبو عيسى: حديث سمرة حديث حسن صحيح.

(٦) أخـرجـه أبو داود (٣/ ح ٣٥١٨) والتـرمـذى (٣/ ح ١٣٦٩) وابن مـاجـه (٢/ ح ٢٤٩٤) وإسناده صحيح.

(٧) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢١٣ فتح) ومـسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٩) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٩٩) والترمـذى (٣/ ح ١٣٧٠) والنسائـى (٧/ ح ٤٧١٨) وأحمد فى مـسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

(٨) تقدم تخريجه فى الحديث السابق.

ولأن الشفعة تثبت فى موضع الوفاق على خـلاف الأصل لمعنى معدوم فى ح النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفـاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فـتدعوه الحاجة إلى مقـاسمته أو يطالب الداخل المـقاسمـة، فيدخل الضرر على الشـريك بنقص قيمـة ملكه وما يحتـاج إلى إحداثه من المـرافق، وهذا لا يوجد فى المـقسـوم، فأما حـديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة، فإن الصقب: القرب، يقال بالسين والصاد، وقال الشاعر (٩):

كُـوفـيَّـةٌ نَازِحٌ مَـحِـلَّتُـهَـا لا أَمَـمٌ دارُها ولا صَـقَـبُ

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك، وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقية الأحاديث فى أسانيدها مقال، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقـيقة، قال أصـحاب الحديث قـال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله ﷺ حـديث جابر الذى رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضًا ويسمى كل واحد من الزوجين جارًا، قال الشاعر:

أجَـارَتَـنَا بِينِـى فـإنَّك طَالِـقَـه كـذَاكَ أُمُـورُ النَّاس غـادٍ وَطَارِقَـه

قال الأعشى: وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما فى الزوج، قال حمل بن مالك: كنت

به جزءًا من الشقص، وفى السادسة يأخذ بالثمن المـوهوب، وفى سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته إن لم يكن مثليًا إذا كان الثمن موجودًا، فإن لم يوجد دفع إليه قيمة الشقص، لأن الأغلب وقـوع العقد على الأشيـاء بقيمتـها، وقال أصحاب الرأى والـشافعى: يجوز ذلك كله وتسقط به الشـفعة، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به، فلم يجـز كما لو لم يكن حيلة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من أدخـل فرسًا بين فرسـين ولا يأمن أن يسبق فليس بقـمار، وإن أمن أن يسبق فهو قمار» (أ) رواه أبو داود وغيره، فجعل إدخال الفرس المحلل قمارًا فى الموضع الذى يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحـتمل أن يأخذ سبقـهما، وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقـصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيهـا، فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه

---

(٩) هو ابن قيس الرقيات، أحد بنى عامر بن لؤى، وإنما سـمى الرقيات لأنه كان يشبب بثلاث نسوة، يقال لهن جميعًا: رقية، والبيت فى ديوانه. انظر ترجمته فى الشعر والشعراء (٣٦١).

(أ) أخرجـه أبو داود (٣/ ح ٢٥٧٩) وابن ماجه (٢/ ح ٢٨٧٦) والدارقـطنى (٤/ ١١١، ٣٠٥) والحاكم (٢/ ١١٤) وأبو نعيم فى الحلية (٢/ ١٧٥) من طريق عن سفيـان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة فذكره، وسفـيان بن حسيـن هذا ضعيف فى الزهرى، قال أبو حـاتم: أحسن أحواله أن يكون موقـوفًا على سعيد بن المسيب، وتابعه سعيد بن بشيـر عن الزهرى به، وأخرجه أبو داود (٣/ ح ٢٥٨٠) والطبرانى فى الصغـير (٩٥) وابن عدى فى الكامل (٣/ ٣٧٢) وسعيـد بن بشير قال الحافظ فى التقريب: ضعيف، والصحيح هو الموقوف على سعيد بن المسيب، والله أعلم.

بين جارتين لي فـضربت إحداهمـا الأخرى بمسطح فـقتلتها وجنينـها، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضًا.

إذا ثبت هذا: فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشـرب هي وأرض غيره من نهـر واحد فلا شـفعة لـه من أجل الشرب إذا وقعت الحـدود فلا شفعـة، وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومـثنى فيمن لا يرى الشـفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر: إنما هو اختيـار، وقد اختلف الناس فيه، قال القاضي: إنما هذا لأن يميـن المنكر ههنا على القطع والبت، ومـسائل الاجتـهاد مظنونة فـلا يقطع ببطلان مذهب المخالف، ويمكن أن يحمل كلام أحمد هـهنا على الورع لا على التحريم، لأنه يحكم ببطلان مذهب المـخالف، ويجوز للمـشتري الامتناع به من تسليـم المبيع فيـما بينه وبين الله تعالى.

فصل: الشرط الثاني: أن يكون المبيع أرضًا لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين: **أحدهما**: تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض، فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض بـغير خلاف في المذهب، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافًا، وقد دل عليه قـول النبي ﷺ وقضاؤه بالشفعة، في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط [١٠]، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار، **القسم الثاني**: ما لا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفـردًا، وهو الزرع والثمـرة الظاهرة تباع مع الأرض، فإنه لا يؤخـذ بالشفـعة مع الأصل

قال: «لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله لأدنى الحيل» [2] وقال النبي ﷺ: «لعن الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» [3] متفق عليه، ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله: ﴿**يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ**﴾ (البـقرة: ٩) والحيل: مخادعة، وقد مـسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلهم، فـإنه روى عنهم أنهم كانوا ينصـبون شباكـهم يوم الجمعـة، ومنهم من يحفر جـبابًا ويرسل الماء إليهـا يوم الجمعة، فإذا جاءت الحـيتان يوم السبت وقعت في الشبـاك والجباب فيدعوها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون: ما اصطدنا يوم السبت شيئًا، فمسخهم الله تعالى بحيلتهم، وقال تعالى: ﴿**فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ**﴾ (البـقرة: ٦٦)

---

(١٠) تقدم برقم (١) «كتاب الشفعة».

(2) ذكره ابن كثير في تفسيره (٣/ ٤٩٢) وعزاه إلى الإمام أبي عبد الله بن مطر، وقال: إسناده جيد.

(3) أخرجـه البخاري (٤/ ح ٢٢٣٦/ فتح) ومـسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٧/ ٧١) بلفظ «قـاتل» وأيضًا (٤/ ١٢٠٧/ ٧٢) بلفظ «لعن الله اليهـود، حرمت عليهم الشـحوم فجمـلوها فباعوها» والتـرمذي (٣/ ح ١٢٩٧) والنسـائي (٧/ ح ٤٦٨٣) وابن ماجـه (٢/ ح ٢١٦٧) والدارمي (٢/ ح ٢١٠٤) وأحمـد في مسنده (ح ١٧٠).

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يؤخـذ ذلك بالشفعة مع أصوله، لأنه متصل بما فيه الشفعة، فيثبت فيه الشفعة تبعًا، كالبناء والغراس.

ولنا: أنه لا يدخل فى البيع تبعًا فلا يؤخذ بالشفـعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع فى الحقيقة، لكن الشارع جعل له سلطان الأخد بغير رضى المشترى، فإن بيع الشجر وفيـه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفـعة لأنها تتبع فى البيع فأشبهت الغراس فى الأرض، وأما ما بيع مفردًا من الأرض فـلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار، أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردًا، وبهذا قال الشـافعى وأصحاب الرأى، وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنـبرى وقتادة وربيعة وإسحـاق: لا شفعة فى المنقولات، واختلف عن مالك وعطاء فقـالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة فى كل شىء حتى فى الثوب، قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبدالله رواية أخرى: أن الشفعة واجـبة فيما لاينقسم كالحجارة والسيف والحـيوان وما فى معنى ذلك، قال أبو الخطاب: وعن أحمـد رواية أخرى: أن الشفـعة تجب فى البناء والغراس وإن بيع مـفردًا، وهو قول مالك لعموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم، ولأن ابن أبى مليكة روى أن النبى ﷺ قال: «الشفعة فى كل شىء»[(١١)].

ولنا: أن قول النبى ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا

قيل: يعنى به أمـة محمـد ﷺ، أى: ليتعـظ بذلك أمة محـمد ﷺ فيـجتنبوا مـثل فعل المعتـدين، ولأن الحيلة خديعـة، وقد قال النبى ﷺ: «لا تحل الخديعـة لمسلم»[(4)] ولأن الشفعة وضـعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط، كـما لو أسقطها المشتـرى عنه بالوقف والبيع، وفارق ما لم يقصـد به التحيل، لأنه لا خداع فيـه ولا قصد به إبطال حق، والأعمـال بالنيات، فإن اختلفـا هل وقع شىء من هذا حيلة أو لا؟ فالقـول قول المشترى مع يمينه، لأنه أعلم بنيته وحاله، إذا ثبت هذا فإن الغرر فى الصورتين الأوليين على المشترى لشرائه ما يساوى عشرة بمـائة، وما يساوى مائة درهم بمائة دينار، وأشهد على نفسه أن عليه ألفًـا فربمـا طالبه بها فـلزمه فى ظاهر الحكم، وفى الثـالثة: الغرر علـى البائع، لأنه اشترى عبدًا يساوى مائة بألف، وفى الرابعة: الغرر، وعلى المشترى، لأنه اشترى شقصًا قيمته

---

(١١) أخرجه الترمـذى (٣/ ح ١٣٧١) والبيهقى (٦/ ١٠٩) وذكره الألبانى فى السلسلة الضـعيفة (١٠٠٩) وقال عنه: منكر.

(4) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٢٤١) وأحمد فى مسنده (٤١٢٥) وإسناده ضعيف، وعلته جابر الجعفى وهو ضعيف وهو بلفظ: بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم.

والخلابة: الخديعة.

شفعة»[١٢] لا يتناول إلا ما ذكرناه، وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله: «فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق» ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرد فى الكتب الموثوق بها، والحكم فى الغراف[١٣] والدولاب والناعورة كالحكم فى البناء، فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار، ولأن هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيها تبعها، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت، فإن كان السقف الذى تحته لصاحب السفل فلا شفعة فى العلو لأنه بناء مفرد، وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له، ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قرارًا فهو كالسفل.

فصل: الشرط الثالث: أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة[١٤]، والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان: **أحداهما:** لا شفعة فيه، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعى، **والثانية:** فيها الشفعة، وهو قول أبى حنيفة والثورى وابن سريج، وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الألفاظ العامة، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر فى هذا النوع أكثر، لأنه يتأبد ضرره، والأول ظاهر

مائة بألف، وكذلك فى الخامسة، لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه، وفى السادسة على البادئ منهما بالهبة، لأنه قد لا يهب له الآخر شيئًا، فإن خالف أحدهما ما توطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه فى ظاهر الحكم، لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارًا، فأما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه، لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به.

2- مسألة: (ولا تثبت إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يكون مبيعًا فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال).

كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث، فلا شفعة فيه فى قول الأكثرين، منهم: مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحاب الرأى، إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى: أن الشفعة تجب فى المنتقل بهبة أو صدقة ويأخذ الشفيع بقيمته، وحكى عن ابن أبى ليلى، لأن الشفعة

---

(١٢) تقدم برقم (٧) مغنى.

(١٣) **الغراف:** هو مكيال ضخم مثل الجراف، وهو القنقل، اللسان/ مادة غرف.

(١٤) **العضادة:** وهو عضادتا الباب: بمعنى: الخشبتان المنصوبتان عن يمين الداخل منه وشماله، اللسان (مادة عضد).

المـذهب لما روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «لا شـفعـة فى فناء ولا طريق ولا منقبـة»[١٥] والمنقبة: الطـريق الضيق، رواه أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وروى عن عـثمان ﷺ أنه قال: «لا شفعة فى بئر ولا فحل»[١٦]، ولأن إثبات الشفعـة فى هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة فى نصـيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشترى لأجل الشـفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيـؤدى إثباتها إلى نفيها، ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذى يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم إن الضرر هـٰـهنا أكثر لتأبده، قلنا: إلا أن الضرر فى محل الوفاق من غيـر جنس هذا الضرر، وهو أن الضرر الحاجـة إلى إحداث المرافق الخاصـة، فلا يمكن التعدية، وفى الشفعة هـٰهنا ضرر غير موجود فى محل الوفاق، وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق، فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا الحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حمامًا فإن الشفعـة تجب فيه، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر ينقسم بئريـن يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك إن كان مع البئر بيـاض أرض بحيث يحصل البئر فى أحد الـنصيبين وجبت الشفـعة أيضًا، لأنه تمكن القسم وهكذا الرحى إن كـان لها حصن يمكن قسـمته بحيث يحـصل الحجر[*] فى أحـــد القسـمين أو كان فيـها أربعة أحـجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحـد منهما بحجـرين وجبت الشفعة، وإن لم يمكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحى لم تجب

تثبت لإزالة ضرر الشركة، وهو موجود فى الشركـة كيفما كان، ولأن الضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المـشتـرى لأن إقدام المشـترى على شـراء الشقص وبذل ماله دليل حـاجتـه إليه، فانتزاعه منه أعظم ضررًا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه.

ولنا: أنه انتقل بغير عـوض أشبه الميراث، ولأن محل الوفاق هو البيع، والـخبر ورد فيه وليس غيره فى مـعناه، لأن الشفيع يأخذه من المـشترى بمثل السبب الـذى انتقل إليه به، ولا يمكن هذا فى غيـره، ولأن الشفيع يأخـذ الشقص بثمنـه لا بقيمتـه وفى غيره يأخـذه بقيمـته فافترقا.

3- مـسألة: **(ولا تجب فيما عوضه غـير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد فى أحد الوجهين).**

المنتقل بعوض على ضربين: **أحدهما:** ما عوضه المال كالبيع، ففيه الشفعة بغير خلاف،

---

(١٥) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (١/ ٨٧/ ح ١٤٤٢٧).

(١٦) أخـرجه الـبيهـقى فى السنن (٦/ ١٠٥) وعـبـد الرزاق فى مصنـفه (٨/ ٨٧) ومـالك فى المـوطأ (٢/ ٧١٧).

(*) فى المطبوعة: الحجران.

الشفعة، فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولـها طريق فى شارع أو درب نافذ فلا شفعة فى تلك الدار ولا فى الطريق، لأنه لا شركـة لأحد فى ذلك، وإن كان الطريق فى درب غيـر نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضًا، لأن إثبات ذلك يضر بالمشترى لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخـر يستطرق منه أو كان لها موضـع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا فى طريق المبيع مع الدار، فـإن كان ممرًا لا تمكن قسمته فلا شـفعة فيه وإن كان تمكن قسمتـه وجبت الشفعة فيه، لأنه أرض مشتـركة تحتمل القسمة فوجبت فـيه الشفعة كغير الطريـق، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيـها بحال، لأن الضرر يلحق المشـترى بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما فى الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشترى وأخذ بعض المبيع من العقـار دون بعض فلم يجز، كما لو كـان الشريك فى الطريق شريكًا فى الدار فـأراد أخذ الطريق وحدها، والقول فى دهليز الجار وصحته كالقول فى الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشترى من الطريق كأثر من حاجته فذكر القاضى أن الشفعة تجب فى الزائد بكل حال لوجود المقتضى وعدم المانع والصـحيح أنه لا شفعة فيه لأن فى ثبوتها تبعيض صـفقة المشترى ولا يخلو من الضرر.

فصل: الشرط الرابع: أن يكون شقصًا منتقلاً بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث، فلا شفعة فيه فى قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحـاب الرأى، وحكى عن مالك رواية أخـرى فى المنتقل بهبـة أو صدقة أن فـيه الشفـعة

وكذلك كل ما جـرى مجراه كالصلح بمعنى البـيع والصلح عن الجناية الموجبة للمـال والهبة المشروط فيـها ثواب معلوم، لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البـيع وهذا منها، وبه يقول مالك والشافـعى وأصحـاب الرأى، إلا أن أبا حنيفـة وأصحـابه قالوا: لا تثـبت الشفـعة فى الهـبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بعوض هو مـال فلم يفتقر إلى القبض فى اسـتحقاق الشفعـة كالبيع، ولا يصح ما قالوه من اعتـبار لفظ الهبة، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتـضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذى لا تصح الهبة فيه بالاتفاق، **الضرب الثانى**: ما انتقل بعوض غيـر المال، نحو أن يجعل الشقص مهـرًا أو عوضًا فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه فى ظاهر كلام الخـرقى، لأنه لم يتعرض فى جميع مسائله لغير البيع، اختـاره أبو بكر، وبه قال الحسن والشـعبى وأبو ثور وأصحـاب الرأى حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقـال ابن حامد: تجب فيـه الشفعة، وبه قـال ابن شبرمة والحـارث العكلى ومالك وابن أبى ليلى والشافعى، لأنه عقار مملوك بعقد مـعاوضة أشبه البيع، ووجه الأول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث، ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل، لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجـانب وأضررنا بالشفيع، لأن مهـر المثل يتفاوت مع المسـمى لتسامح

ويأخذه الشفيع بقيمته، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى، لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود فى الشركة، كيفما كان، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى، لأن إقدام المشترى على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه.

ولنا: أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع، والخبر ورد فيه، وليس غيره فى معناه، لأن الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به إليه، ولا يمكن هذا فى غيره، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته، وفى غيره يأخذ بقيمته فافترقا، فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين: **أحدهما:** ما عوضه المال كالبيع، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف، وهو فى حديث جابر، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، وكذلك كل عقد جرى كجرى البيع كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع، وهذا منها، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا: لا تثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا: أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض فى استحقاق الشفعة كالبيع، ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه يتعقد بها النكاح الذى لا تصح الهبة فيه بالاتفاق، **القسم الثانى:** ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض فى جميع مسائله لغير البيع وهذا

الناس فيه فى العادة ويمتنع أخذه بالقيمة، لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه، فإن قلنا: يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها، لأنه موجود فى يدها بصفته، وإن طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته، لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته، وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان: **أحدهما:** يقدم حق الشفيع، لأنه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق **والثانى:** حق الزوج مقدم، أنه ثبت بالنص والإجماع، والشفعة ههنا لا نص فيها ولا إجماع، فأما إن عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع فى نصف الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه، لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب، وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن، وقد ذكرنا فى الإقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة، وهو قول أبى حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء، وإن عفا عن الشفعة فى البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها.

قول أبي بكر، وبه قـال الحسن والشـعبي وأبو ثور وأصحـاب الرأى، حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفـعة وبه قال ابن شبرمة والحارث والعكلى ومالك وابن أبى ليلى والشافـعى، ثم اختلف بم يأخـذه؟ فقال ابن شـبرمة وابن أبى ليلى: يأخـذ الشقص بقيمته، قـال القاضى: هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهـر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفـيع، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى الناس فـيه فى العادة بخلاف البيع، وقال الشريف أبو جعفر: قال ابن حـامد: إن كان الشقص صداقًا أو عوضًا فى خلع أو متـعة فى طلاق أخذه الشفـيع بمهر المـرأة، وهو قول العكلى والشافـعى، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الـرجوع إلى القيمة البدل فى الأخذ بالشفعـة، كما لو باعه بعرض، واحتجوا على ما أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع.

ولنا: أنه مملوك بغير مـال أشبه الموهوب والموروث، ولأنه يمتنع بمهـر المثل لما ذكره مالك، وبالقيمـة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجـوز الأخذ بها كالموروث فيـتعذر أخذه، ولأنه ليس له عـوض يمكن الأخذ به فـأشبه الـموهوب والموروث، وفـارق البيع فـإنه أمكن الأخذ بعـضوه فإن قلنا: إنه يؤخذ بالشـفعة وطلق الزوج قبل الدخـول بعد عفو الشـفيع رجع بنصف ما أصدقـها، لأنه موجود فى يدها بصفـته، وإن طلقها بعد أخـذ الشفيع رجع بنصف قيمـته لأن ملكها زال عنه فـهو كما لو باعـته، وإن طلق قبل الشفـيع ثم علم ففيـه وجهان: **أحدهما:** حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لأنه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق، **الثانى:** حق الزوج أولى، لأنه ثبت بالنص والإجماع، والشفعة هـهنا لا نص فيها ولا إجماع، فأما إن عفا ثم طلق الزوج فرجع فى نصف الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه، وكذلك إن جاء الفسخ من قبل المـرأة فرجع الشقص كله إلى الزوج لم يستـحق الشفيع أخذه، لأنه عـاد إلى المالك لزوال العقد فلـم يستحق به كالشفـيع كالرد بالعيب، وكذلك كل فـسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كـرده بعيب أو مقابلة أو اختلاف المـتبايعين أو رده لغبن، وقـد ذكرنا فى الإقالة رواية أخرى: أنها بيع فثبتت فيها الشفـعة، وهو قول أبى حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء، وإن عفا عن الشفعة فى البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها.

فـصـل: وإذا جنى جنايتين عمدًا وخطـأ فصالحه منهما على شقص فـالشفعة فى نصف الشقص دون باقـيهوبه قال أبو يوسف ومحمد، وهذا على الرواية التى نـقول فيها إن موجب العمد القصاص عينًا، وإن قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة فى الجميع، وقال أبو حنيفة: لا شفعة فى الجميع لأن فى الأخذ بها تبعيض الصفقة على المشترى.

فـصـل: فإذا جنى جنايتين عمـداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فـالشفعة فى نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهذا على الرواية التى نقول فيها: إن موجب العمـد القصاص عينًا، وإن قلنا: مـوجبه أحد شـيئين وجبت الشـفعة فى الجمـيع، وقال أبو حنيفة: لا شفعة فى الجميع، لأن الأخذ بها تبعيض للصفقة على المشترى.

ولنا: أن ما قابل الخطأ عوض عن مـال فوجبت فيه الشفعة كمـا لو انفرد، ولأن الصفقة جمعت مـا تجب فيه الشفـعة وما لا تجب فيـه فوجبت فيـما تجب فيه دون الآخـر، كما لو اشترى شقصًـا وسيفًا، وبهذا الأصل يبطل ما ذكره، وقول أبى حنيفـة أقيس، لأن فى الشفعة تبعيض الشـقص على المشترى، وربما لا يبـقى منه إلا ما لا نفع فيه، فأشبـه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صـاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما إذا قلنا إن الواجد أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضًا من المال.

فـصل: ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضـائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحـده، أيهـما كـان، وقال أبو الخطاب: يتخـرج أن تثبت الشفعة، لأن الملك انتقل فـتثبت الشفعة فى مدة الخيـار، كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة: إن كان الخـيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفـعة حتى ينقضى، لأن فى الأخـذ بها إسقاط حق البائع من الفـسخ وإلزام البيع فى حقه بغير رضائه، ولأن الشفيع إنما أخـذ من المشترى ولم ينتقل الملك إليه، وإن كان الخيار للمشـترى فقـد انتقل الملك إليـه ولا حق لغيره فـيه، والشفـيع يملك أخذه بعـد لزوم البيع واستقرار الملك، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى، وعـامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبًا، وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه مبيـع فيه الخيار فلم تثـبت فيه الشفـعة، كما لو كان لـلبائع، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلـزم المشترى بالعقد بغيـر رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حـقه من الرجوع فى

ولنا: أن ما قابل الخطأ عوض عن مـال فوجبت فيه الشفعة، كمـا لو انفرد ولأن الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصًا وسيفًا، وبهذا الأصل يبطل مـا ذكره، قال شيـخنا: وقول أبى حنيفة أقـيس، لأن فى الشفعة تبـعيض الشقص على المشترى وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما إذا قلنا: إن الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضًا عن مال.

4- مـسـألة: (الثانى أن يكون شقصًا مشاعًا من عقار فـيقسم، فأما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه).

وبه قال عـمر وعثمـان وعمر بن عـبد العزيز وابن المـسيب وسليمـان بن يسار والزهرى ويحـيى الأنصارى وأبو الزناد وربيـعة ومـالك والأوزاعى والشافـعى وإسحـاق وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن شبرمة والثورى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى: الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجـور، قال أبو حنيفـة: يقدم الشـريك، فإن لم يكن وكان الطـريق مشتـركًا كالدرب لا ينفـذ تثبت الشفـعة لجمـيع أهل الدرب الأقرب فـالأقرب، فإن لم يأخـذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال العنبرى وسـوّار: تثبت بالشركة فى الملك وبالشركة فى

عين الثمن فلم يجز، كما لو كان الخيار للبائع، فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه فى عين مالهما وهما فى نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب، فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة، وذلك يزول بأخذ الشفيع، فإن باع الشفيع حصته فى مدة الخيار عالمًا ببيع الأول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشترى الأول فى الصحيح من المذهب، وفى وجه آخر: أنه يثبت للبائع بناء على الملك فى مدة الخيار لمن هو منهما، وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك، وهو مذهب الشافعى، لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبى الخطاب أن لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشترى الأول، وللمشترى الأول أن يأخذ الشقص الذى باعه الشفيع من مشتريه لأنه كان شريكًا للشفيع حين بيعه.

فصل: وبيع المريض كبيع الصحيح فى الصحة وثبوت وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل، سواء كان لوارث أو غير وارث، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لأنه محجور عليه فى حقه فلم يصح بيعه كالصبى.

ولنا: أنه حجر عليه فى التبرع فى حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبى إذا لم يزد على التبرع بالثلث، وذلك لأن الحجر فى شىء لا يمنع صحة غيره، كما أن الحجر على المرتهن فى الرهن لا يمنع التصرف فى غيره، والحجر على المفلس فى ماله لا يمنع التصرف

الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بصقبه» رواه البخارى وأبو داود، وروى الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذى وقال: حديث حسن صحيح، وروى الترمذى فى حديث جابر: «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به إذا كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» وقال: حديث حسن، ولأنه إيصال ملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(5) رواه البخارى، وروى ابن جريج عن الزهرى عن سعيد بن المسيب، أو عن أبى سلمة، أو عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها»(6) رواه أبو داود، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به

(5) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢١٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ح١٢٢٩) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ح١٣٧٠) والنسائى (٧/ ح٤٧١٨) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٩٩) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

(6) تقدم فى الحديث السابق.

فى ذمته، فأمـا بيعه بالمحاباة فلا يخلو إما أن يكون لوارث أو لغـيره، فإن كان لوارث بطلت المحابـاة، لأنها فى المرض بمنزلة الوصيـة، والوصية لوارث لا تجوز، ويبطل البـيع فى قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه: **أحـدها:** لا يصح لأن المشترى بذل الثمن فى كل المبيع فلم يصح فى بـيعه كما لو قال: بعتك هذا الثوب بعـشرة فقال قبلت البيع فى نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال: قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذى تواجبا عليه فلم يصح كـتفريق الصفقة، **والثـانى:** أنه يبطل البـيع فى قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشترى الخيار بين الأخذ والفسخ، لأن الصفقة تفرقت عليه، وللشـفيع أخذ ما صح البيع فـيه، وإنما قلنا بالصحـة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاخـتص بما يقابلها، **الثـالث:** أنه يصح فى الجمـيع ويقف على إجازة الورثة، لأن الوصية للوارث صـحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجـازة الورثة، فكذلك المحاباة له، فإن أجازوا المحابـاة صح البيع فى الجميع ولا خيار للمشتـرى ويملك الشفيع الأخذ به، لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا بطل البيع فى قدر المحـاباة وصح فيما بقى، ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم، لأن حقهم متعلـق بالمبيع فلم يملك إبطاله، وله أخذ ما صح البيع فيه، وإن اختـار المشترى الرد فى هذه الصورة وفى التى قـبلها واختار الشفيع الأخـذ بالشفعة قدم الشفيع، لأنه لا ضرر على المشترى وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه، **القسم الثـانى:** إذا كان المشترى أجنبيًا والشـفيع أجنبى فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع،

فتدعوه الحاجة إلى مقاسمتـه، أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد فى المقسوم، فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة، فإن الصقب: القرب، يقال بالسين والصاد، قال الشاعر:

كُـوفِـيّـةٌ نَازِحٌ مَـحِـلَّتُـهَـا لاَ أَمَـمٌ دَارُهَا وَلاَ صَـقَـب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك، وخبرنا صحيح صريح فيقدم، وبقيـة الأحاديث فى أسانـيدها مقـال، فحديث سـمرة يرويه عن الحسن، ولـم يسمع منه إلا حديث العقيقة، قاله أصحاب الحديث، قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جـابر الذى رويناه، وما عـداه من الأحاديث فـيها مقـال، على أنه يحـتمل أنه أراد بالجـار الشريك، فـإنه جار أيضًا، وتسـمى الضرتان جـارتين لاشتراكـهما فى الزوج، قـال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لى فضـربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلـتها وجنينها، وهذا يمكن فى تأويل حديث أبى رافع أيضـًا، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الـطريق مفردة أو مشـتركة، قال أحمد فى رواية ابن القاسم فى رجل له أرض تشـرب هى وأرض غيره من نهر واحد: فلا شفعة له من أجل الشرب، إذا وقعت الحدود فـلا شفعة، وقال فى رواية أبى طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقـدم إلى الحاكم فأنكر: لم يحلف إنما هو اختيار، وقد

وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصًا، وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة فى حق الوارق، وإن كان الشفيع وارثًا ففيه وجهان: **أحدهما**: له الأخذ بالشفعة، لأن المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالاً فأخذه الوارث، **والثانى**: يصح البيع ولا تجب الشفعة، وهو قول أصحاب أبى حنيفة، لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه فى المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا، ولأصحاب الشافعى فى هذا خمسة أوجه وجهان كهذين، **والثالث**: أن البيع باطل من أصله، لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث، وهذا فاسد، لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشترى، فأشبه هبة غريم الوارث، **الوجه الرابع**: أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة، لأن المحاباة بالنصف مثلاً هبة للنصف، وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبى أخذ الكل، لأن الموهوب لا شفعة فيه، **الخامس**: أن البيع يبطل فى قدر المحاباة وهذا فاسد، لأنها محاباة لأجنبى بما دون الثلث فلا تبطل، كما لو لم يكن الشقص مشفوعًا.

اختلف الناس فيه، قال القاضى: إنما قال هذا لأن يمين المنكر ههنا على القطع والبت، ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف، ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لا على التحريم، لأنه لم يحكم ببطلان مذهب المخالف، ويجوز للمشترى الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى.

فصل: ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والعضادة والعراص الضيقة **فى إحدى الروايتين عن أحمد**، وبه قال يحيى الأنصارى وسعيد وربيعة والشافعى، **والثانية**: فيها الشفعة وهو قول أبى حنيفة والثورى وابن شريح، وعن مالك كالروايتين، لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»(7) وسائر النصوص العامة، ولأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر المشاركة، والضرر فى هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره، والأول ظاهر المذهب لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة»(8) والمنقبة: الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وروى عن

(7) أخرجه الترمذى (٣/ ح١٣٧١) والبيهقى (٦/ ١٠٩) وذكره الألبانى فى السلسلة الضعيفة (١٠٠٩) وقال عنه: منكر.

(8) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢١٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ح١٢٢٩) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ح١٣٧٠) والنسائى (٧/ ح٤٧١٨) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٩٩) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

فـــصل: ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكـل لفظ يدل على أخذه بأن يقول: قد أخذته بالثمن أو تملكتـه بالثمن أو نحو ذلك، إذا كان الثـمن والشقص معلومين لا يفـتقر إلى حكم حاكم، وبهـذا قال الشافـعى، وقال القاضى وأبـو الخطاب يملكه بالمطالبة لأن البـيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجـاب، فى البيع انضم إليه القبول، وقال أبو حنيفة: يحصل بحكم الحـاكم، لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غـيره قهرًا فـافتقـر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه.

ولنا: أنه حق ثبت بالنص والإجـماع فلم يفـتقـر إلى حاكم كـالرد بالعيب، ومـا ذكروه ينتقض بهـذا الأصل، ويأخذ الزوج نصف الصداق بـالطلاق قبل الدخول، ولأنه مـال يتملكه قهرًا فملكه بالأخذ كالغنائم والمبـاحات وباللفظ الدال على الأخذ لأنه بيع فى الحقيقة، لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللـفظ الدال عليه، وقولهم: يملك بالمطالبة بمجردها لا يصح، لأنه لو ملك بها لمـا سقطت الشفـعة بالعفو بعـد المطالبة ولوجب أنه إذا كـان له شفيعـان فطلبا الشفعـة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قـدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صـاحبه، إذا ثبت هذا فإنه قال قـد أخذت الشقص بالثمن الذى تم عليـه العقد وهو عالم بقـدره وبالمبيع، صح الأخذ وملك الشقص ولا خيـار له ولا للمشترى، لأن الشقص يؤخذ قهـرًا والمقهور لا خيار له والآخـذ قهرًا لا خيـار له أيضًا كمستـرجع المبيع لعيب فى ثمنه أو الثـمن لعيب فى المبيع، وإن كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك، لأنه بيع فى الحقيقة فيعتبر العلم

عثمان ﷺ أنه قال: لا شفعة فى بئر ولا فحل، ولأن إثبات الشفعة فى هذا يضر بالبائع، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة فى نصيبه بالقـسمة، وقد يمتنع المشترى لأجل الشفيع فيتضرر البائع، وقـد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدى إثبـاتها إلى نفيها، ويمكن أن يقال: إن الشفـعة إنما تثبت لدفع الضـرر الذى يلحقه بالمـقاسمة لمـا يحتاج إليه من إحـداث المرافق الخاصـة، ولا يوجد هذا فيـما لا ينقسم، قـولهم: إن الضرر ههنا أكثـر لتأبده، قلنا: إلا أن الضرر فى مـحل الوفاق من غيـر جنس هذا الضرر، وهو ضـرر الحاجة إلى إحـداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية، وفى الشفعة ههنا ضرر غير موجود فى محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعـذر الإلحاق، فأما مـا أمكن قسمتـه مما ذكرنا كالحـمام الكبير الواسع بـحيث إذا قسم لا يستضـر بالقسمة، وأمـكن الانتفاع به حمـامًا، فإن الشفعـة تجب فيه، وكذلك الـبئر والدور والعضائد مـتى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبـئر يقسم بئرين يرتقى الماء منهـما وجبت الشفـعة أيضًا، لأنـه يمكن القسمـة، وهكذا الرحى إن كان لهـا حصن يمكن قسمتـه بحيث يحصل الحجـران فى أحد القسمين أو كان فـيها أربعة أحجـار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منهما بحجـرين وجبت الشفعة، وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منهـما ما لا يتمكن به من إبقائهـا رحى لم تجب الشفعة، فـأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولهـا طريق فى شارع أو

بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشترى، أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه، ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب.

فصل: وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان فى يد المشترى أخذه منه، وإن كان فى يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشترى، هذا قياس المذهب، وهو قول أبى حنيفة، لأن العقد يلزم فى بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع فى ملك المشترى وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد، فصار قبل قبضه المشترى، وقال القاضى: ليس له أخذه من البائع، ويجبر الحاكم المشترى على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن الشفيع يشترى الشقص من المشترى فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن المبيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة.

فصل: وإذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشترى ففيه وجهان: أحدهما: للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبى حنيفة والمزنى، **والثانى:** ليس له الأخذ بها، ونصره الشريف أبو جعفر فى مسائله، وهو قول مالك وأبى شريح، لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه، ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشترى وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه، ووجه الأول أن البائع أقر بحقين: حق للشفيع وحق للمشترى، فإذا سقط حق المشترى بإنكاره ثبت حق الشفيع، كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما؛ ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار

درب نافذ فلا شفعة فى الدار ولا الطريق، لأنه لا شركة لأحد فى ذلك، وإن كان الطريق فى درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضًا، لأن إثبات ذلك يضر بالمشترى، لأن الدار تبقى بلا طريق، وإن كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى الطريق النافذ نظرنا فى الطريق المبيع مع الدار، فإن كان ممرًا لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه، وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال، لأن الضرر يلحق المشترى بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما فى الأخذ بالشفعة من تفريق صفقته وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز، كما لو كان الشريك فى الطريق شريكًا فى الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول فى دهليز الدار وصحته كالقول فى الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشترى من الطريق أكثر من حاجته، فذكر القاضى: أن الشفعة تجب فى الزائد بكل حال لوجود المقتضى وعدم المانع، والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن فى ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ولا يخلو من الضرر.

5- مسألة: (ولا تجب فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد فى إحدى الروايتين إلا أن الغراس والبناء يؤخذ تبعًا للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعًا فى أحد الوجهين).

والشفيع يدعى ذلك فيوجب قبوله، كما لو أقر أنها ملكه، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء فى حق المشترى، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشترى ليثبت البيع فى حقه وتكون العهدة عليه، لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع، ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة فى المحاكمة، **فإن قيل:** أليس لو ادعى على رجل دينًا فقال آخر: أنا أدفع إليك الدين الذى تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله، فهلاَّ قلتم ههنا كذلك؟ **قلنا:** فى الدين عليه منة فى قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه ولأن البائع يدعى أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حق للمشترى عوضًا عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشترى فى دفع الثمن والبائع كالنائب عنه فى دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقرًا بقبض الثمن من المشترى بقى الثمن الذى على الشفيع لا يدعيه أحد، لأن البائع يقول: هو للمشترى، والمشترى يقول: لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** أن يقال للمشترى: إما أن تقبضه، وإما أن تبرئ منه، **والثانى:** يأخذه الحاكم عنده، **والثالث:** يبقى فى ذمة الشفيع، وفى جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع إليه لأنه لأحدهما، وإن تداعياه جميعًا فأقر المشترى بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئًا فهو للمشترى، لأن البائع قد أقر له به، ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعيًا هذا الثمن، لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمنًا إنما يستحقه على المشترى وقد أقر بالقبض منه وأما المشترى فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه.

وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضًا، لأنها التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وغيرها ينقسم قسمين:

أحدهما: تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض وهو البناء، والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا بغير خلاف فى المذهب، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافًا، وقد دل عليه قول النبى ﷺ وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار.

القسم الثانى: ما لا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفردًا وهو الزرع والثمرة الظاهرة، ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الأصل، وهو قول الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهًا مثل قولهما، لأنه متصل بمال فيه الشفعة فثبتت فيه الشفعة تبعًا كالبناء والغراس.

ولنا: أنه لا يدخل فى البيع تبعًا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، يحقق ذلك أن الشفعة بيع فى الحقيقة، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشترى، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة، لأنها تبع

٨٧٢- **مسألة:** قال: (ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له).

الصحيح فى المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب، فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبَتِّىّ والأوزاعى وأبى حنيفة والعنبرى والشافعى فى أحد قوليه(١٧)، وحكى عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك، وهذا قول مالك وقول الشافعى، إلا أن مالكا قال: تنقطع بمضى سنة، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشترى باستغلال المبيع، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته، وحكى عن ابن أبى ليلى والثورى أن الخيار مقدر بثلاثة أيام، وهو قول الشافعى، لأن الثلاث حُدٌّ بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار، والله أعلم.

فى البيع فأشبهت الغراس فى الأرض، فإن بيع ذلك مفردًا فلا شفعة فيه، سواء كان ممن ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء، والغراس إذا بيع مفردًا، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى، وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة وإسحاق: لا شفعة فى المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك، ومرة قالا: الشفعة فى كل شىء حتى فى الثوب، قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى: أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك، قال أبو الخطاب: وعن أحمد أن الشفعة تجب فى البناء والغراس، وإن بيع منفردًا، وهو قول مالك، لعموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وجبت لدفع الضرر، والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم، وقد روى ابن أبى مليكة عن النبى ﷺ أنه قال: «الشفعة فى كل شىء».

ولنا أن قول النبى ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض لقوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولأن هذا مما لا يتباقى ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبى مليكة مرسل، ولم يرو فى الكتب الموثوق بها، والحكم فى الغراف والدولاب والناعورة كالحكم فى البناء، فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار، فيه من الخلاف ما ذكرناه، لأنه مما لا ينقسم، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال، لأن القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فى تبعها، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك وكان السقف الذى

---

(١٧) فى المطبوعة: «فى جديد قوله».

ولنا: ما روى ابن السلمانى(*) عن أبيه عن عمر قال: قـال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحل العقال ـ وفى لفظ أنه قال: الشفعـة كنشطة العقال إن قيدت ثبت وإن تركت فاللوم على من تركـــهـــا»(١٨) وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «الشـفعة لمن واثبـها» رواه الفقـهاء فى كتبهم(١٩)، لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، ولأن إثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على البـيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته، لأن خسارتهـا فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيهـا، وبالتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المـقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد: يتقدر الخيار بالمجلس، وهو قول أبى حنيفـة، فمتى طالـب فى مجلس العلم ثبتت الشـفعة، وإن طال، لأن الـمجلس كله فى حكم حالة العقـد بدليل أن القبض فيه لما يشتـرط فيها القبض كالقبض حـالة العقد، وظاهر

تحته لصاحب السـفل فلا شفعة فى العلو، لأنه بناء مفـرد، وإن كان لصاحب العلو فكذلك، لأنه بناء مفرد لكونه لا أرض له، فهو كما لو لم يكن السقف له، ويحتمل ثبوت الشفعة فيه، لأن له قراراً أشبه السفل.

فـصل: (الشرط الثالث: المطالبة بها على الفور ساعة يعلم، نص عليه، وقال القاضى: له طلبها فى المجلس، وإن طال، فإن أخر الطلب سقطت شفعته).

ظاهر المذهب أن حق الشـفعة على الفـور إن طالب بها ساعة يـعلم بالبيع وإلاَّ بطلت، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال: الشفعـة بالمواثبة ساعة يعلم، وهو قول ابن شبرمة والبتى والأوزاعى وأبى حنيفة والعنبرى والشافـعى فى جديد قوله، وعن أحمد رواية ثانية: أن الشفـعة على التراخى لا تسقط مـا لم يوجد منه ما يدل على الرضى بعـفو أو مطالبة بقـسمة ونحوه، وهو قول مالك وقول الشافعى إلاَّ أن مالكًا قال: تنقطع بمضى سنة، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها، لأن هذا الخـيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسـقط بالتأخير كـحق القصاص، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشـترى باستغلال المبيع فإن أحدث فـيه عمارة من بناء أو غراس فله قيمـته، وحكى عن ابن أبى ليلى والثورى: أن الخـيار مقدر بثلاثـة أيام، وهو أحد أقوال الشافعى، لأن الثلاث حُد بها خيار الشرط فصلحت حدًا لهذا الخيار.

(*) فى المطبوعة: «ابن البيلمانى».

(١٨) أخرجـه ابن ماجه (٢/ ح ٢٥٠٠) بلفظ: «الشـفعة كـحل العقال» وإسناده ضـعيف، والبيـهقى (٦/ ١٠٨) تحت باب: «رواية ألفاظ منكرة» يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة.

(١٩) ذكره ابـن حجر فـى التلخيص (٣/ ٦٥) وقـال: ذكره أبو الطيب وابن الصـباغ والمـاوردى هكذا بلا إسناد، وأخرجـه عبد الرزاق فى مـصنفه (٨/ ح١٤٤٠٦) عن شريح، وفى الـحديث رجل لم يسم، وهو موقوف، وقال عبد الرزاق: وهو قول معمر.

كلام الخرقى أنه لا يتقدر بالمجلس، بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول الشافعى لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسننها أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها فلم تبطل شفعته، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضًى بترك الشفعة إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله بالمطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا، لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها، كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقطه شفعته لأنه طلب بحكم العادة، وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى فإذا لقيه بدأ بالسلام، لأن ذلك السنة وقد جاء فى الحديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»(٢٠) ثم يطالب، وإن قال بعد السلام بارك الله لك فى صفقة يمينك أو دعا بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته، لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه، لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضًى، وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا.

ولنا: ما روى ابن السلمانى عن أبيه عن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحل العقال»(9) رواه ابن ماجه، وفى لفظ: «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها»(10) وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «الشفعة لمن واثبها»(11) رواه الفقهاء فى كتبهم، ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، لأن إثباته على التراخى يضر المشترى، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته، لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو

---

(٢٠) أخرجه ابن السنى فى عمل اليوم والليلة (٢١٤) وإسناده حسن، وانظر الصحيحة (ح٨١٦).

(9) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٥٠٠) والبيهقى (٦/ ١٠٨) وقال الحافظ فى التلخيص (٣/ ٦٥) إسناده ضعيف جدًا.

(10) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٥٠٠) بلفظ: «الشفعة كحل العقال» وإسناده ضعيف، والبيهقى (٦/ ١٠٨) تحت باب «رواية ألفاظ منكرة» يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة.

(11) ذكره ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٦٥) وقال: ذكره أبو الطيب وابن الصباغ والماوردى هكذا بلا إسناد، وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٨/ ١٤٤٠٦) عن شريح، وفى الحديث رجل لم يسم، وهو موقوف، وقال عبد الرزاق: وهو قول معمر.

فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر فَصدَّقه، ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته، سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل، لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل لقرائن دالة على صدقه، وإن قال: لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين، بطلت شفعته، لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق، وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبى لم تبطل شفعته، وحكى عن أبى يوسف أنها تسقط، لأنه خبر يعمل به فى الشرع فى الإذن فى دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل.

ولنا: أنه خبر لا يقبل فى الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون، وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته، ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبى حنيفة وزفر لأن الواحد لا تقوم به البينة.

ولنا: أنه خبر لا تعتبر فيها الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية، وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه، بخلاف هذا الخبر، والمرأة فى ذلك كالرجل، والعبد كالحر، وقال القاضى: هما كالفاسق والصبى، وهذا مذهب الشافعى، لأن قولهما لا يثبت به حق.

ولنا: أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والأخبار الدينية، والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبه الحر.

باطل بخيار الرد بالعيب، إذا تقرر هذا، فقال ابن حامد: يتقدر الخيار بالمجلس، وهو قول القاضى، وبه قال أبو حنيفة: فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال، لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته، وهو ظاهر كلام الخرقى وقول الشافعى فى الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته، وإن أخرها لعذر مثل أن لا يعلم أو يعلم ليلاً فيؤخر إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو أخرها لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسنتها، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضًى بترك الشفعة، إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن أشغاله، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة، لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا، فإن العادة تقديم هذه الأشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه ويحرك دابته فلم

فـــصل: إذا أظهر المشترى أن الثمن مما وقع العقـد به فترك الشفيع الشفـعة لم تسقط الشفـعـة بذلك، وبهذا قال الشـافعى وأصحاب الرأى ومالك إلا أنه قـال بعد أن يحلف: ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير، وقال ابن أبى ليلى: لا شفعة له، لأنه سلم ورضى.

ولنا: أنه تركهـا للعذر فإنه لا يرضـاه بالثمن الكثيـر ويرضاه بالقليل، وقد لا يكون مـعه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنهما تبايعا بدنانير فـبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير، وبهذا قال الشافعى وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحباه إن كانت قيمتها سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد.

ولنا: أنهما جنسان فأشبها الثـياب والحيوان ولأنه قد يملك بالنقد الذى وقع به البيع دون ما أظهره فـيتركه لعـدم ملكه له، وكذلك إن أظهر أنه اشتـراه بنقد فبان أنه اشـتراه بعوض أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره، أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشـتراه لغيره فـبان أنه اشتراه له أو أنه اشـتراه لإنسان فبـان أنه اشتراه لغيـره لأنه قد يرضى شركة إنســان دون غيره وقد يحابى إنســانًا أو يخافه فيتـرك لذلك، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشتـرى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو أو غيره، أو أنه اشتـراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة فى جـميع ذلك، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيـترك لذلك فلم تسقط شفـعته، كما لو أظهـر أنه اشتراه بثمن فبـان أقل منه، فأما إن

يفعل ومـضى على حسب عـادته لم تسقط شـفعـته، لأن طلب بحكم العـادة، وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى، فإذا لقيه بدأه بالسلام لأن ذلك السنة، لأن فى الحديث: «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»(12) ثم يطالب، فإن قال بعد السلام: بارك الله لك فى صفـقة يمينك أو دعا له بالمـغفرة ونحـو ذلك لم تبطل شفعتـه، لأن ذلك يتصل بالسلام فهو من جملته، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه، لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضا، فإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته ما قدمنا.

6- مسألة: (إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب، ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه أو ترك الإشهاد أو لم يشهد لكن سار فى طلبها فعلى وجهين).

متى علم الغائب بالبيع وقدر على الإشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعته سواء قدر على التوكـيل أو عجز عنه أو سار عـقيب العلم أو أقام، هذا ظاهر كلام أحـمد فى رواية أبى طالب وهو ظاهر قول الخرقى وهو وجه للشافعى، والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد، لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه.

ولنا: أنه قد يترك الطلب للعـذر وقد يتركه لغيره، وقـد يسير لطلب الشفعة ويسـير لغيره

(12) أخرجه ابن السنى فى عمل اليوم والليلة (٢١٤) وإسناده حسن، انظر الصحيحة (ح٨١٦).

أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه، سقطت شفعته لأن الضرر فيما أبطنه أكثر، فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى.

فصل: وإن لقيه الشفيع فى غير بلده فلم يطالبه، وقال: إنما تركت المطالبة لأطالبه فى البلد الذى فيه البيع أو المبيع، أو لأخذ الشقص فى موضع الشفعة سقطت شفعته، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة، فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذى هو فيه، وإن قال: نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته، لأنها خيار على الفور، فإذا أخره نسيانًا بطل كالرد بالعيب، وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانًا، ويحتمل أن لا تسقط المطالبة، لأنه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها، وإن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب.

فصل: وإذا قال الشفيع للمشترى: بعنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت شفعته، لأنه لا يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة، وإن قال: صالحنى على مال سقطت أيضًا، وقال القاضى: لا تسقط، لأنه لم يرض بإسقاطها، وإنما رضى بالمعاوضة عنها، ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة.

ولنا: أنه رضى بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضى به ولم يثبت العوض، كما لو قال بعنى فلم يبعه ولأن ترك المطالبة بها كان فى سقوطها فمع طلب عوضها أولى،

وقد قدر على أن يبين ذلك بالإشهاد، فإذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع الحضور، وقال القاضى: إن سار عقيب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته، لأن ظاهر سيره أنه للطلب، وهو قول أصحاب الرأى والعنبرى وقول للشافعى، وقال أصحاب الرأى: له من الأجل بعد العلم قدر السير، فإن مضى الأجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفعته، وقال العنبرى: له مسافة الطريق ذاهبًا وجائيًا، لأن عذره فى ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا وجه القول الأول.

فصل: فإن أخر الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة بحالها، وقال القاضى: تبطل إذا قدر على المسير وأخره وإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فى طلبها فلم يفعل بطلت أيضًا، لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر، أو كما لو لم يشهد، وهذا مذهب الشافعى، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين: **أحدهما**: لا تبطل شفعته لأن له غرضًا فى المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك، أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذورًا.

ولنا: أن عليه فى السفر ضررًا لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم، وإن كان بغير جعل ففيه منة، ويخاف الضرر

ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، فإن صالحه عنها بعوض لم يصح، وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: يصح، لأنه عوض عن إزالة ملك، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها.

ولنا: أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط، ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض، وههنا بخلافه.

فصل: وإن قال: آخذ نصف الشقص، سقطت شفعته، وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعى، وقال أبو يوسف: لا تسقط، لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها، لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها.

ولنا: أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها، لأنها لا تتبعض ولا يصح ما ذكره، فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب فى جميعه كالنكاح، ويخالف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب فى بعضه كالطلاق والعتاق.

فصل: وإن أخذ الشقص بثمن مغصوب، ففيه وجهان: أحدهما: لا تسقط شفعته، لأنه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه فى الذمة، فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقى الاستحقاق فى الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن، أو كما لو اشترى شيئًا آخر ونقد فيه ثمنًا مغصوبًا، **والثانى:** تسقط شفعته لأن أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له وإعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها.

من جهته فاكتفى بالإشهاد، فأما إن ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهًا واحدًا لأنه معذور فهو كمن لم يعلم.

فصل: تجب الشفعة للغائب فى قول الأكثرين، منهم: مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وروى عن النخعى: ليس للغائب شفعة، وبه قال الحارث العكلى والبَتّى إلاَّ للغائب القريب، لأن إثباتها يضر بالمشترى ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفًا من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت للحاضر على التراخى.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث، ولأن الشفعة حق مالى وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة، وضرر المشترى يندفع بإيجاب الثمن له كما فى الصور المذكورة، إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة، وإن طالت غيبته، لأنه خيار ثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخى الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب، ومتى علم فحكمه فى المطالبة حكم الحاضر فى أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته، وحكم المريض والمحبوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا.

فـصل: ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالمًا بذلك سقطت شفعته ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به، ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه، وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان: **أحدهما:** تسقط أيضًا، لأنها استحقت بجميعه، فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها، لأنها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفى عن بعضها، **والثاني:** لا تسقط، لأنه قد بقى من نصيبه مما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد، فكذلك إذا بقى، وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى، وفى الثانية إذا قلنا: تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك فى المبيع، وإن قلنا: لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشترى الأول، وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثانى؟ فيه وجهان: **أحدهما:** له الشفعة، لأنه شريك، فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده، واستحقاق الشفعة به من فوائده، **والثانى:** لا شفعة له، لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به، ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه، والأول أقيس، فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد، فعلى هذا للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثانى إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشترى الأول فى أحد الوجهين، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضى: تسقط شفعته أيضًا لما ذكرناه، ولأنه

7- مسألة: (فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من يشهده لم تبطل شفعته) .

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح، وإن كان المرض يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالغائب فى الإشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلمًا أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض، وإن كان محبوسًا بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه كالمطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفعته.

فصل: فإن عجز عن الإشهاد فى سفره لم تبطل شفعته بغير خلاف ، لأن معذور فى تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الإشهاد فأخره كان كتأخير الطلب بالشفعة إن كان لعذر لم تسقط الشفعة، وإن كان غير عذر سقطت، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه، لأن قولهم غير مقبول فلم تلزم شهادتهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل، لأن إشهاده لا يفيد فأشبه إشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل، لأن شهادتهما يمكن

زال السبب الذى استحق به الشفعة وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبًا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه، سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب: لا تسقط شفعته، لأنها تثبت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا يدل على إسقاطها، والأصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثانى أخذ الشقص من المشترى الأول، فإن عفى عنه فللمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى، وإن أخذ منه فهل للمشترى الأول الأخذ من الثانى؟ على وجهين.

٨٧٣- **مسألة:** قال: (**ومن كان غائبًا وعلم بالبيع فى وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته**).

وجملة ذلك: أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء، وبه قال مالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى، وروى عن النخعى: ليس للغائب شفعة، وبه قال الحارث العكلى والبتى إلا للغائب القريب، لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفًا من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخى.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»(٢١) وسائر الأحاديث، ولأن الشفعة حق مالى وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت

إثباتها بالتزكية فأشبها العدلين، ويحتمل أن لا تبطل، لأنه يحتاج فى إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة، وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدهما، لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل، لأنه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الإشهاد، وكذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد فأشهده أو ترك إشهاده.

8- **مسألة:** (**أو لإظهارهم زيادة فى الثمن أو نقصًا فى المبيع أو أن المشترى غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه، أو قال للمشترى: بعنى ما اشتريت أو صالحنى سقطت شفعته**).

إذا أظهر المشترى أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ومالك إلاَّ أنه قال بعد أن يحلف: ما سلمت الشفعة إلاَّ لمكان الثمن الكثير، وقال ابن أبى ليلى: لا شفعة له، لأنه سلم ورضى.

ولنا: أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل، وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك، كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة، لأنه قد يرغب فى الكثير دون القليل، وكذلك إن كان بالعكس، لأنه قد يقدر على ثمن

(٢١) تقدم برقم (١٣).

له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة، وضرر المشترى يندفع بإيجاب القيمة له، كما فى الصورة المذكورة، إذا ثبت هذا: فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة، وإن طالت غيبته، لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخى الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب، ومتى علم فحكمه فى المطالبة حكم الحاضر فى أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته، وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا.

٨٧٤- مسألة: قال: **(وإن علم وهو فى السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له).**

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع، وقدر على الإشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل، أن شفعته تسقط، سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه، أو سار عقيب العلم أو أقام، وهو ظاهر كلام أحمد: فى رواية أبى طالب فى الغائب له الشفعة إذا بلغه أشهد وإلا فليس له شىء، وهو وجه للشافعى، والوجه الآخر: لا يحتاج إلى الإشهاد، لأنه ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك، فقبل قوله فيه.

ولنا: أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره، وقد يسير لطلب الشفعة، وقد يسير لغيره، وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد، فإذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره، وقال القاضى: إن سار عقيب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته، لأن ظاهر سيره أنه للطلب، وهو قول أصحاب الرأى والعنبرى وقول للشافعى، وقال أصحاب الرأى: له من الأجل بعد العلم قدر السير، فإن مضى الأجل

القليل دون الكثير، أو أنهما تبايعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس، وبه قال الشافعى وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحباه: إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة، لأنهما كالجنس الواحد.

ولنا: أنهما جنسان أشبها الثياب والحيوان، ولأنه قد يملك النقد الذى وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه، لعدم ملكه له، وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس، أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره، أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره، لأنه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره، وقد يحابى إنسانًا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة فى جميع ذلك، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته، كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، أما إن أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته، لأن الضرر فيما أبطنه أكثر، فإن لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى،

قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته، وقال العنبرى: له مسافة الطريق ذاهبًا وجائيًا، لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الخرقى، ولا خلاف فى أنه إذا عجز عن الإشهاد فى سفره أن شفعته لا تسقط، لأنه معذور فى تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره أو لعدم العلم، ومتى قدر على الإشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة، إن كان لعذر لم تسقط الشفعة، وإن كان لغير عذر سقطت، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته كالصبى والمرأة والفاسق فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه، لأن قولهم غير معتبر فلم يلزم إرشادهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل، لأن إشهاده لا يفيد فأشبه إشهاد من لا تقبل شهادته، فإنه لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفعته، لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية فأشبها العدلين، ويحتمل أن لا تبطل، لأنه يحتاج فى إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة، وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما، وإن أشهدهما لم تبطل شفعته، سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل، لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الإشهاد، كذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد فأشهده أو ترك إشهاده.

فصل: إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة بحالها، وقال القاضى: تبطل شفعته، وإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فى طلبها،

فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته، سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا، لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه، وإن قال: لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته، لأن قولهم حجة تثبت بها الحقوق، وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبى لم تبطل، وحكى عن أبى يوسف أنها تسقط، لأنه خبر يعمل به فى الشرع فى الإذن فى دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل.

ولنا: أنه خبر لا يقبل فى الشرع أشبه قول الطفل والمجنون، وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته، ويحتمل أن لا تسقط، يروى هذا عن أبى حنيفة وزفر، لأن الواحد لا تقوم به البينة.

ولنا: أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية، وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل فى ذلك، والعبد كالحر، وقال القاضى: هما كالفاسق والصبى، وهذا مذهب الشافعى، لأن قولهما لا يثبت به حق.

فلم يفعل بطلت أيضًا، لأنه تارك للطلب بهـا مع قدرته عليه فسقطت كالحـاضر أو كما لو لم يشهـد، وهذا مذهب الشـافعى، ألا أن لهم فـيما إذا قـدر على التوكـيل فلم يفعل وجـهين: **أحدهما:** لا تسقط شفعته، لأن له غرضًا بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخالف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذورًا.

ولنا: أن عليه فى السفـر ضررًا لالتزامه كلفته، وقد يكون له حـوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته، والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم، وإن كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالإشهاد، فأما إن ترك السفـر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهًـا واحدًا، لأنه معذور فـأشبه من لم يعلم، وإن لم يقـدر على الإشهاد وأمكنه السـفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته، لأنه تارك للطلب بهـا مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضرًا.

فـــصل: ومن كان مريضًـا مرضًا لا يمنع المطالبة كـالصداع اليسير والألـم القليل فهو كـالصـحيح، وإن كان مرضًـا يمنع المطالبة كالحمى وأشبـاهها فهو كالغـائب فى الإشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان محـبوسًا ظلمًا أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض، فإن كان محبوسًا بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمُطْلَقِ إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها.

ولنا: أن هذا خـبر وليس بشـهادة فـاستوى فـيه الرجل والـمرأة والعبـد والحر كـالرواية والأخبار الدينية، والعبد من أهل الشهادة فيما عـدا الحدود والقصاص وهذا مما عداهما فأشبه الحر.

٩- مـسألة: (وإن قال الشفيع للمشترى: بعنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت شفعته).

لأنه يدل على رضاه بشرائه وتركـه الشفعة، وإن قال: صالحنى على مـال سقطت أيضًا، وهو قـول أبى الخطاب، وقال القـاضى: لا تسقـط، لأنه لم يرض بإسقـاطها، وإنمـا رضى بالمعاوضة، ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة.

ولنا: أنه رضى بتركها وطلب عوضها فثـبت الترك المرضى به ولم يثبت العوض، كما لو قال: بعنى فلـم يبعه، ولأن ترك المطالبـة بها كاف فى سـقوطهـا فمع طلب عوضـها أولى، ولأصحاب الشـافعى وجهان كهذين، فـإن صالحه عنها بعوض لم يصح، وبه قـال أبو حنيفة والشافـعى وقال مـالك: يصح، لأنه عوض عن إزالة مـلك فجاز كـأخذ العـوض عن تمليك المرأة أمرها.

ولنا أنه خيـار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخـذ العوض عنه كخيار الشـرط، وبه يبطل ما قاله وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض، وههنا بخلافه.

فـصل: وإن لقيه الشفيع فى غير بلده فلم يطالبه، وقال: إنما تركت المطالبة لأطالبه فى

٨٧٥- **مســألة:** قال: **(فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثانى بالثمن الذى أخذ منه والثالث على الثانى)**.

وجــملة ذلك: أن المشترى إذا تصرف فى المبيع قبل أخـذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح، لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيبًا لم يمنع التصرف فى الآخر، والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبة، وإن كان الواهب ممن له الرجوع فـيه، فمتى تصرف فيه تصرفًا صحيحًا تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشـفيع بالخيار، إن شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بثمنه، لأن الشـفعة وجبت له قـبل تصرف المشتـرى، وإن شاء أمضى تصـرفه، وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى، لأنه شفـيع فى العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تبايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المـبيع بالبيع الأول وبنفسخ العـقدان الأخيران، وله أن يأخـذه بالثانى وينفسخ الثـالث وحده، وله أن يأخذه بالثـالث، ولا ينفسخ شىء من العقود، فـإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذى اشترى به ولم يرجع على أحد، لأنه وصل إليه الثمن الذى اشترى به، وإن أخذ من الثانى الثمن دفع إليه الذى اشتـرى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه، لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقصَ منه فيرجع بثمنه على الثانى، لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به وانفـسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثانى

البلد الذى فيه البيع أو المبيع، أو لآخذ الشقص فى موضع الشفعة، سقطت شفعته، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة، فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذى هو فيه، وإن قال: نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شـفعته، لأنه خيار على الفور، فإذا أخره نسيانًا بطل كالرد بالعيب، وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانًا، ويحتمل أن لا تسقط المطالبـة، لأنه تركها لعـذر فأشبـه ما لو تركهـا لعدم علمه بهـا، وإن تركها جـهلاً لاستحـقاقه لها إذا كـان مثله يجهل ذلك بطلت كـالرد بالعيب، ويحتمل أن لا تبطـل كما إذا ادعت المعتقة الجهل بملك الفسخ.

10- **مـســألة:** **(وإن دل فى البـيع لم تبطل شفـعتـه)** لأن ذلك لا يـدل على الـرضى بإسقاطها، بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة.

11- **مـسـألة:** **(وإن توكل الشفيع فى البيع لم تسقط شـفعته بذلك، سواء توكل للبائع أو للمشترى)**.

ذكره الشريف وأبو الخطاب، وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال القاضى وبعض الشافعية: إن كان وكيل البائع فلا شفعة له، لأنه تلحقه التهمة فى البيع، لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشـترى، وقال أصحاب الرأى: لا شـفعة لوكيل المشـترى بناء على أصلهم: أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق على نفسه.

بما أعطاه ورجع الثانى على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثانى بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثانى من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين، لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث، لكونه فى يده، وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذى ورثه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وبه يقول مالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى، وما كان فى معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن تصرف المشترى فى الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجدًا فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذى وقع البيع به، وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى، فلم يملك المشترى أن يتصرف تصرفًا يبطل حقه، ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى، وقال القاضى: المنصوص عن أحمد فى رواية على بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة، وحكى ذلك عن الماسَرْجسى[(٢٢)] فى الوقف، لأن الشفعة إنما تثبت فى

ولنا: أنه وكيل فلا تسقط شفعته كالأجر، ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل، بل ينتقل إلى الموكل، ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبت فى ملكه، إنما ينتقل فى الحال إلى الموكل، فلا يكون الأخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر، لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيًا بتصرفه فلم يؤثر، كما لو وكله فى الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه: بع نصف نصيبى مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما فى المبيع من نصيب صاحبه، وعند القاضى تثبت فى نصيب الوكيل دون نصيب الموكل.

12- **مسألة: (وإن جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع فهو على شفعته).**

إذا شرط للشفيع الخيار فاختار إمضاء العقد أو ضمن العهدة للمشترى فالشفعة بحالها، وبه قال الشافعى، وقال أصحاب الرأى: تسقط، لأن العقد تم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه.

---

(٢٢) هو الحسن بن عيسى بن ماسرجس، أبو على النيسابورى، كان نصرانيًا من أهل بيت الثروة، فأسلم على يد ابن المبارك وسمع منه ورحل فى طلب العلم، وقدم بغداد حاجًا، فحدث بها فسمع منه أحمد بن حنبل والبخارى ومسلم وابن أبى الدنيا، وكان ثقة دينًا ورعًا، ولم يزل بنيسابور فى عقبه فقهاء ومحدثون، توفى فى سنة أربعين ومائتين. ترجمته فى المنتظم (١١/ ٢٧٦) والأنساب (٥/ ١٦٨).

المملوك، وقد خـرج هذا عن كونه مملوكًا، وقـال ابن أبى موسى: من اشترى دارًا فـجعلها مسجدًا فقد استهلكها ولا شفعة فـيها، ولأن فى الشفعة هـهنا إضرارًا بالموهوب له والموقوف عليه، لأن ملكه يزول عنه بغـير عوض ولا يزال الضـرر بالضرر بخلاف البيع، فـإنه إذا فسخ البيع الثانى رجع المـشترى الثانى بالثمن الذى أخـذ منه فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشـفعة هـهنا يوجب رد الـعوض إلى غير الـمالك وسلبه عن المـالك، فإذا قلنا بسقـوط الشفعـة فلا كلام، وإن قلنا بثبوتهـا فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو فى يده ويفـسخ عقده ويدفع الثمن إلى المشترى، وحكى عن مالك: أنه يكون للموهوب له، لأنه يأخذ ملكه.

ولنا: أن الشفيع يبطل الـهبة ويأخذ الشقص بحكم العـقد الأول، ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة.

فـــصل: فإن جـعله صداقًا أو عوضًـا فى خلع أو صلح عن دم عمـد انبنى ذلك على الوجهين فى الأخذ بالشفعة، فإن قايل البائع المشترى أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة، لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معهما، وإن تحالفا على الثمن وفسخـا البيع فللشفيع أن يأخـذ الشقص بما حلف عليه البـائع، لأن البائع مقر بالبـيع بالثمن الذى حلف عليه، ومقر للشفيع باستحقاق بذلك، فإذا بطل حق المشترى بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما ويأخذ، لأن حقه أسبق.

ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشـفعة فلم تسقط به الشفعة كـالإذن فى البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكروه لا يصح، فإن البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما إذا كان المشترى شريكًا، فإن البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه.

13- مسألة: (وإن أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط) .

إذا عفا الشفـيع عن الشفعة قبل البيع فـقال: قد أذنت فى البيع أو أسقطت شـفعتى أو ما أشبـه ذلك لم تسقط، وله المطالبة بـها فى ظاهر المذهب، وبه قـال مالك والشافـعى والْبَتِّىّ وأصحاب الرأى، وعن أحـمد ما يدل على أن الشفعة تـسقط بذلك، فإن إسماعيل بن سـعيد قال: قلت لأحـمد: ما مـعنى قول النبى ﷺ: «من كـان بينه وبين أخيه ربعـة فأراد بيعـها فليعـرضها علـيه» وقد جـاء فى بعض الحديث: «لا يحل له إلا أن يعـرضها عليـه إذا كانت الشفعة ثابتـة» فقال: ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك، وأن لا تكون له شـفعة، وهذا قول الحكم والثورى وأبى خيـثمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر: وقـد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة: تبطل شفعته، وقال مرة: لا تبطل، واحتجوا بقول النبى ﷺ: «من كان له شركة فى أرض ربعة أو حـائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شـريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك» ومحال أن يقول النبى ﷺ: «وإن شاء ترك» فـلا يكون لتركه معنى، ولأن مفهوم قوله: «فـإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به» أنه إذا باعـه بإذنه لا حق له، ولأن الشفعـة ثبتت فى

فـصل: وإن اشترى شقصًا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعـبد عيبًا فله رد العبد واسترجاع الشقص، ويقدم علـى حق الشفيع، لأن فى تقديم حق الشفيع إضرارًا بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذى استحقـه، والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على جـه يحصل بها الضرر، فإن الضرر لا يزال بالضرر، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: يقدم حق الشفيع، لأن حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشترى بالشقص عيبًا فرده.

ولنا: أن فى الشفـعة إبطال حق البائع وحـقه أسبق، لأنه استند إلى وجـوب العيب وهو موجود لا حـال البيع، والشفعة ثبتت بـالبيع فكان حق البائع سابقًا، وفى الشـفعة إبطاله فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبًا، فـإن حق المشترى إنما هو فى استرجاع الثمن، وقد حصل له من الشـفيع فلا فـائدة فى الرد، وفى مسألتنا حق البـائع فى استرجـاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافترقا، فإن لم يرد الـبائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبـد ولم يملك استـرجاع المـبيع، لأن الشفـيع ملكه بالأخذ فلم يملك الـبائع إبطال ملكه، كما لو باعه المشترى لأجنبى فإن الشفعـة بيع فى الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص، لأنه بمنزلة التالف، والمشـترى قد أخذ من الشفـيع قيمة العبـد فهل يتراجعان؟ فيـه وجهان: **أحدهما:** لا يتراجعان، لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، وهو قيمة العبد صحيحًا لا عيب فيه، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده، ويحتمل أن يأخـذه بقيمته معيبًا، لأنه

موضع الاتـفاق على خلاف الأصـل، لكونه يأخذ ملك المـشـترى بغيـر رضاه ويجبـره على المعـاوضة به لدخوله مع البائع فى العـقد الذى أساء فـيه بإدخاله الضرر على شـريكه وتركه الإحسان إليه فـى عوضه عليه، وهذا المعنى معـدوم هـهنا فإنه قد عرضه عليـه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر فى حقه ببيعه، فإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة، كـما لو أخر المطالبة بعد البيع، ووجه الأول أنه إسـقاط حق قبل وجوبه فلم يصح، كما لو أبرأه مما يجب له أو لو أسـقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبـر فيحتمل أنه أراد العرض عليـه ليبتاع ذلك إن أراد فـتخف عليه المؤنة ويكتـفى أخذ المشتـرى الشقص لا إسقاط حقه من شفعته.

14- مـسـألة: (وإن ترك الولى شفعة للصبى فيهـا حظ له لم تسقط وله الأخذ بها إذا كبر، وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت، ذكره ابن حامد، وقال القاضى: يحتمل أن لا تسقط).

إذا بيع فى شركة الصـغير شقص ثبتت له الشفـعة فى قول عامة الفقـهاء، منهم: الحسن وعطاء ومالك والأوزاعى والشافعى وسوار والعـنبرى وأصحاب الرأى، وقال ابن أبى ليلى: لا شفعـة له، وروى ذلك عن النخعى والحارث العكلى، لأن الصـبى لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمـشترى، وليس للولى الأخذ، من لا يملك العفو لا يملك الأخذ كالأجنبى.

إنما أعطى عبدًا معيبًا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى، **والثانى**: يتراجعان، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد، والذى استقر عليه العقد قيمة الشقص، فإذا قلنا: يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشترى على الشفيع بشىء، لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب، وإن أدى قيمته معيبًا رجع المشترى عليه بما أدى من أرشه، وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشًا لم يرجع الشفيع عليه بشىء، لأن البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وإن عاد الشقص إلى المشترى ببيع أو هبة أو إرث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول، لأن ملك المشترى زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى القيمة، فإذا أخذها لم يبق له حق، بخلاف ما لو غصب شيئًا لم يقدر على رده فأدى قيمته ثم قدر عليه فإنه يرده، لأن ملك المغصوب لم يزل عنه.

فصل: ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزونًا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة، لأنه تعذر التسليم فتعذر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع فى مدة الخيار، بخلاف الإقالة والرد بالعيب، وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه فى المسألة التى قبلها، لأن المشترى الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبى.

ولنا: عموم الأحاديث، ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فثبت فى حق الصبى كخيار الرد بالعيب، قولهم: لا يمكن الأخذ ممنوع، فإن الولى يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم: لا يمكنه العفو، يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب، فإن ولى الصبى لا يمكنه العفو ويمكنه الرد، ولأن فى الأخذ تحصيلاً للملك للصبى ونظرًا له وفى العفو تضييع وتفريط فى حقه، ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع، ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له، ولا يلزم من ملك الولى استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، فإن لم يأخذ الولى انتظر بلوغ الصبى كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يبطل ما ذكروه من الضرر فى الانتظار، إذا ثبت هذا فإن الصغير إذا كبر فله الأخذ بها فى ظاهر قول الخرقى، سواء عفا عنها الولى أو لم يعف، وسواء كان الحظ فى الأخذ بها أو فى تركها، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور، وهذا قول الأوزاعى وزفر ومحمد بن الحسن، وحكاه بعض أصحاب الشافعى عنه، لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن، فلم تسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها، وقال ابن حامد: إن تركها المولى لحظ الصبى أو لأنه ليس للصبى ما يأخذها به سقطت، وهو ظاهر مذهب الشافعى، لأن الولى فعل ما له فعله فلم يجز للصبى نقضه كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما للصبى فيه حظ فصح كالأخذ مع الحظ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة: تسقط بعفو الولى

فـصل: وإن اشترى شقصًا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقًا فالبيع باطل ولا شفعة فيه، لأنها إنما تثبت فى عقد ينقل الملك إلى المشترى وهو العقد الصحيح، فأما الباطل فوجوده كعدمه، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار من الشفيع والمتبايعين، فإن أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه، وله الأخذ بالشفعة ويرد العبد على صاحبه ويرجع البائع على المشترى بقيمة الشقص، وإن أقر الشفيع والمشترى دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشترى رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع، والبائع ينكره ويدعى عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشترى الشقص منه ويتبارآن، وإن أقر الشفيع والبائع وأنكر المشترى وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشترى بشىء، لأن البيع صحيح فى الظاهر، وقد أدى ثمنه الذى هو ملكه فى الظاهر، وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة، ولا يثبت شىء من أحكام البطلان فى حق المتبايعين، فأما إن اشترى الشقص بثمن فى الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقًا كانت الشفعة واجبة، لأن البيع صحيح فإن تعذر قبض الثمن من المشترى لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع، ويقدم حق الشفيع، لأن الأخذ بها يحصل للمشترى ما يوفيه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجميع بين الحقين فكان أولى.

فـصل: وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضى بها والشقص فى يد البائع ودفع الثمن إلى المشترى فقال البائع للشفيع: أقلنى فأقاله لم تصح الإقالة، لأنها تصح بين المتبايعين وليس

عنها فى الحالين، لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه فى هذا، لأنه أسقط حقًا للمولى عليه ولا حظ له فى إسقاطه فلم يصح كالإبراء وخيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولى على المالك، لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولى.

فـصل: فأما الولى، فإن كان للصبى حظ فى الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصًا أو بثمن المثل وللصبى ما يشترى به العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة، لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبى ولم يملك نقضه بعد البلوغ فى قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقال الأوزاعى: ليس للولى الأخذ بها، لأنه لا يملك العفو عنها ولا يملك الأخذ بها كالأجنبى وإنما يأخذ بها الصبى إذا كبر، وهذا لا يصح، لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولى كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فإن تركها الولى مع الحظ للصبى فللصبى الأخذ بها إذا كبر، ولا يلزم الولى غرم لذلك، لأنه لم يفوت شيئًا من ماله، وإنما ترك تحصيل ما له الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ فى شرائه، وإن كان الحظ فى تركها مثل أن يكون المشترى قد غبن أو كان فى الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبى فليس له الأخذ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ

بين الشفيع والبائع بيع، وإنما هو مشترٍ من المشترى، فإن باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

٨٧٦- **مسألة:** قال: (وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة).

وجملة ذلك: أنه إذا بيع فى شركة الصغير ثبتت له الشفعة فى قول عامة الفقهاء منهم: الحسن وعطاء ومالك والأوزاعى والشافعى وسوار والعنبرى وأصحاب الرأى وقال ابن أبى ليلى: لا شفعة له، وروى ذلك عن النخعى والحارث العكلى، لأن الصبى لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ، لما فيه من الإضرار بالمشترى وليس للولى الأخذ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ.

ولنا: عموم الأحاديث، ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فيثبت فى حق الصبى كخيار الرد بالعيب وقولهم: لا يمكن الأخذ غير صحيح فإن الولى يأخذ بها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيه وبالرد بالعيب، فإن ولى الصبى لا يمكنه العفو ويمكنه الرد، ولأن فى الأخذ تحصيلاً للملك للصبى ونظرًا له وفى العفو تضييع وتفريط فى حقه، ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع، ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولى استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل حقوقه وديونه، وإن لم يأخذ الولى انتظر بلوغ الصبى كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكروه من الضرر فى الانتظار يبطل بالغائب، إذا ثبت هذا: فإن ظاهر قول الخرقى أن للصغير إذا كبر الأخذ به سواء عفا عنها الولى أو لم يعف، وسواء كان فى الأخذ بها أو فى تركها، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور: له الشفعة إذا بلغ فاختار ولم يفرق، وهذا قول الأوزاعى وزفر ومحمد بن الحسن

للصبى فيه، فإن أخذ لم يصح فى إحدى الروايتين ويكون باقيًا على ملك المشترى، لأنه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيبًا يعلم عيبه، ولا يملك الولى المبيع، لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولى، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما، كذا ههنا وهذا مذهب الشافعى، **والثانية:** يصح الأخذ للصبى، لأنه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيبًا لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى، فقد يكون له حظ فى الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذى يشتريه بزوال الشركة أو لأن الضرر الذى يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع.

فصل: وإذا باع وصى الأيتام فباع لأحدهم نصيبًا فى شركة الآخر فله الأخذ للآخر بالشفعة، لأنه كالشراء له، وإن كان الوصى شريكًا لمن باع عليه فليس له الأخذ للتهمة فى البيع، ولأنه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه، ولو باع الوصى نصيبه كان له الأخذ

وحكاه بعض أصحـاب الشافعى عنه، لأن المسـتحق للشفـعة يملك الأخذ بها سـواء كان له الحظ أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامـد: إن تركها الولى لحظ الصـبى أو لأنه ليس للصبى ما يأخـذها به سقطت، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، لأن الولى فعل ما له فعله فلم يجـز للصبى نقضه كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما فـيه الحظ للصـبى فصح كـالأخذ مع الحظ، وإن تركـها لغـير ذلك لم تسـقط، وقال أبو حنيـفة: تسـقط بعفـو الولى عنها فى الحـالين، لأن من ملك الأخـذ بها ملك العـفو عنـها كالمالك، وخالفـه صاحباه فى هذا، لأنه أسقط حقًا للمـولى عليه لا حظ له فى إسقاطه فلم يصح كالإبراء وإسـقاط خيـار الرد بالعيب، ولا يصح قـياس الولى على المـالك لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولى.

فـصـل: فأما الولى فإن كـان للصبى حظ فى الأخذ بها مثل أن يكون الشـراء رخيصًا أو بثمن المثل وللصبى مال لشراء العـقار لزم وليه الأخذ بالشفعة، لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبى ولم يملك نقضه بعد البلوغ فى قول أكثر أهل العلم، منهم: مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقال الأوزاعى: ليس للولى الأخذ بها، لأنه لا يملك العفو عنها فلا يملك الأخذ بها كالأجنبى، وإنما يأخذ بها الصبى إذا كبر، ولا يصح هذا، لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فـملكه الولى فى حق الصبى كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قيـاسه فيما مضى، فإن تركها الولى مع الحظ فللصـبى الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولى لذلك غرم، لأنه لم يفوت شيئًا من ماله، وإنما ترك تحصيل ما له الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ فى شرائه، وإن كان الحظ فى تركها مثل أن يكون المشترى قد غبن أو كان فى الأخـذ بها يحتـاج إلى أن يستقـرض ويرهن مال الصبـى فليس له الأخذ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبى فيـه، فإن أخذ فهل يصح؟ على روايتين: إحداهـما: لا يصـح ويكون باقيًا على ملك المشترى، لأنه اشتـرى له ما لا يملك شراءه فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة علـى ثمن المثل أو اشترى معيبًـا يعلم عيبه، ولا يملك الولى المبـيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولى، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح، فأشبه ما لو تزوج

لليتيم بالشفـعة منع الحظ لليتيم، لأن التهمة منتفـية فإنه لا يقدر على الزيادة فى ثمنه، لكون المشترى لا يوافقـه، ولأن الثمن حاصل له من المشترى كحصوله من اليتـيم بخلاف بيعه مال اليـتيم فإنـه يمكنه تقليل الثمن ليـأخذ الشـقص به، فإن رفع الأمـر إلى الحاكـم فباع علـيه، فللوصى الأخذ حيـنئذ لعدم التهمـة، فإن كان مكان الوصى أب فبـاع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة، لأن له أن يشـترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وإن بيـع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ له بالشفعة، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية، فإذا ولد الحمل ثم كبر له الأخذ بالشفعة كالصبى إذا كبر.

لغيـره بغير إذنه فـإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهـما كذا هـهنا، وهذا مذهب الشـافعي، والرواية الثـانيـة: يصح الأخذ للصبي، لأنه يشترى له مـا يندفع عنه الضرر به فصح، كما لو اشترى مـعيبًا لا يعلم عيبـه، والحظ يختلف ويخفى، فقد يكون له حظ فى الأخـذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيـمة ملكه والشقص الذى يشتريه بزوال الشـركة، أو لأن الضرر الذى يندفع بأخذه كثيـر فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخـفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه، فسـقط اعتباره وصح البيع.

فـصـل: وإذا باع وصى الأيتام فباع لأحـدهم نصيبًا فى شركة آخـر كان له الأخذ للآخر بالشفعة، لأنه كالشراء له، وإن كان الوصى شريكًا لمن باع عليه لم يكن له الأخذ، لأنه متهم فى بيعه، ولأنه بمنزلة من يشتـرى لنفسه من مال يتيمه، ولو باع الوصى نصـيبه كان له الأخذ لليتيم بـالشفعة إذا كان له الحظ فـيها، لأن التهمـة منتفية، فـإنه لا يقدر على الزيادة فى ثمنه لكون المشترى لا يوافقه، ولأن الثمن حاصل له من المشترى كحصول من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتـيم، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخـذ الشقص به، فإذا رفع الأمر إلى الحاكم فـباع عليه فللوصى الأخذ حـينئذ لعدم التـهمة، وإن كـان مكان الوصى أب فباع شـقص الصبى فله أن يأخذه بالشفعة، لأن له أن يشترى من نفسه مـال ولده لعدم التهمة، وإن بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبى إذا كبر.

فـصل: وإذا عفا ولى الصبى عن شفعتـه التى له فيها الحظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك فى قياس المذهب، لأنها لم تسقط بإسقاطه، ولذلك ملك الصبى الأخذ بها إذا كبر، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخـذ بها، لأن ذلك يؤدى إلى ثبوت حق الشفعة على التراخى وذلك على خلاف الخبر والمعنى، ويخـالف أخذ الصبى بها إذا كبر، لأن الحق يتجدد له عند كبره، فلا يملك تأخيره حينئـذ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم، فأما إن تركها

فـصل: وإذا عفا ولى الصبى عـن شفعته التى له فيهـا حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك فى قياس المذهب، لأنها لم تسقط بإسقاطه، ولذلك ملك الصبى الأخذ بها إذا كبر، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخـذ بها، لأن ذلك يؤدى إلى ثبوت حق الشفعة على التراخى وذلك على خلاف الخـبر والمعنى ويخالف أخذ الصبى بهـا إذا كبر، لأن الحق يتجدد له عند كبره فـلا يملك تأخيره حينئذ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قـدم، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها والأمر بحاله لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان معسرًا عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك، فإن قلنا: لا تسقط وللصـبى الأخذ بها إذا كبـر، فحكمهـا حكم ما فيه الحظ، وإن قـلنا: تسقط فليس له الأخذ بها بحال، لأنها قد سقطت مطلقًا فهو كما لو عفا الكبير عن شفعته.

لعدم الحـظ فيهـا ثم أراد الأخذ بهـا ـ والأمر على ما كـان ـ لم يملك ذلك، كمـا لم يملكه ابتداءً، وإن صار فيهـا حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعـد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك، فإن قلنا: لا تسقط وللصبى الأخذ بها إذا كبر، فحكمها حكم ما فيه الحظ، وإن قلنا: تسقط، فليس له الأخذ بها بحال، لأنها قد سقطت على الإطلاق فـأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته.

فـصل: والحكم فى المـجنون المطبق كالحكم فى الصـبى سواء، لأنه محجـور عليه لحظه، وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والجنون ينتظر إفاقـته، وأما المـفلس فله الأخذ بالشفـعة والعفو عنهـا وليس لغرمائه الأخـذ بها، لأن الملك لم يثبت لهم فى أمـلاكه قبل قسمـتها ولا إجباره علـى الأخذ بها، لأنها معـاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجباره على العفو، لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه، وسواء كان له حظ فى الأخذ بها أو لم يكن، لأنه يأخذ فى ذمته وليس بمحجور عليه فى ذمته لكن لهم منعه من دفع مـاله فى ثمنها، لتعلق حقـوقهم بماله، فأشـبه ما لو اشتـرى فى ذمته شقصًا غـير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بـالشفعة تعلقت حقوق الغـرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره، لأنه ماله فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليـه، لأن التصرف يقع له دون سيده، فـأما المأذون له فى التجارة من العـبيد فله الأخذ بالشفعـة، لأنه مأذون له فى الشراء، وإن عفا عنها لم ينفذ عـفوه، لأن الملك لسيده، ولم يأذن له فى إبطال حـقوقه، وإن أسقطـها السيد سـقطت، ولم يكن للعبـد أن يأخذ، لأن للسيد الحجر عليه، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه.

فـصل: والحكم فى المـجنون المطبق كالحكم فى الصـبى سواء، لأنه محجـور عليه لحظه، وكذلك السفيـه، فأما المغمى عليه فحكمـه حكم الغائب، لأنه لا ولاية عليه وكذلك المحبوس، على هذا ننتظر إفاقته، وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرامائه الأخذ بها، لأنها معاوضة فلا يجبر عليهـا كسائر المعاوضات، وليس لهم إجباره على العفو، لأنه إسقاط حق فلا يجـبر، وسواء كان له حظ فى الأخذ بها أو لم يكـن، لأنه يأخذ فى ذمته وليس بمحجور عليه فى ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله فى ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى فى ذمـته شقصًا غير هـذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفـعة تعلقت حقوق الغرماء به، سواء أخذه برضاهم أو بغيره، لأنه مال له فـأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليـه، لأن التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له فى التجارة من العبـيد له الأخذ بالشفعة، لأنه مأذون له فى الشراء، وإن عـفا عنها لم ينفذ عفـوه، لأن الملك للسيد ولم يأذن فى إبطال حـقوقه، فإن أسـقطها السيـد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ، لأن للسيد الحجر عليه، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فسقط بإسقاطه.

فصل: وإذا بيع شقص في شركة مالك المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها، فإن تركها فلرب المال الأخذ، لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل، لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له، وإن اشترى المضـارب بمال المضاربة شقصًا في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة؟ على وجهـين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة، وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الأخذ بها، لأن الملك لغيره، وإن كان فيه ربح وقلنا: لا يملك بالظهور، فكذلك، وإن قلنا: يملك بالظهور، ففيه وجهان كرب المال، ومذهب الشافـعي في هذا كله على ما ذكرنا، فإن باع المضارب شقصًـا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة، لأنه متهم فأشبه شراءه من نفسه.

فصل: ولا شفعة بشركة الوقف، ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى، وهو ظاهر مذهب الشافعي، لأنه لا يؤخـذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجـاور، وغير والمنقسم، ولأننا إن قلنا: هو غير مملوك فالموقوف عليه غـير مالك، وإن قلنا: هو مملوك، فملكه غير تام، لأنه لا يفيـد إباحة التـصرف في الرقـبة فـلا يملك به ملكًا تامًا، وقـال أبو الخطاب: إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة، لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق، ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيـه كوجوبها في الطلق، وإنما لم يستحق بالشفعة، لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه.

٨٧٧- **مسألة:** قال: **(وإذا بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمة بنائه إلا أن يشاء المشترى أن يأخذ بناءه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر)**.

وجـمـلتـه: أنه يتصور بناء المـشتري وغرسه في الـشقص المشفوع على وجـه مباح في مسائل: منها: أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع

فصل: الشرط الرابع: أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته، وبه قال محمد بـن الحسن وبعض أصحـاب الشافـعي، وقال أبو يوسف: لا تسـقط، لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها.

ولنا: أنه تارك لطلب بعضها فـتسقط ويسقط باقيها، لأنها لا تتـبعض، ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب جـميعها وما لا يتبعض لا يثبت حتى ويثـبت السبب في جميعه كالنكاح بخلاف السقوط، فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق.

فصل: فإن أخذ الشقص بثمن مغصـوب ففيه وجهان: أحدهما: لا تسقط شفعته، لأنه بالعقـد استحق الشـقص بمثل ثمنه في الذمـة، فإذا عينه فـيما لا يملكـه سقط التعـيين وبقي الاستحقاق في الذمة، أشبه ما لو أخر الثمن أو ما لو اشترى شيئًا آخر ونقد فيه ثمنًا مغصوبًا، والثـــاني: يسقط، لأن أخـذه للشقص بما لا يصـح أخذه به ترك له وإعراض عنه فـسقطت الشفعة، كما لو ترك الطلب بها.

الشفيع من الأخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس فيه، ومنها: أن يكون غائبًا فيقاسمه وكيله أو صغيرًا فيقاسمه وليه، ونحو ذلك، ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة، وكذلك إن كان غائبًا أو صغيرًا فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى وبنائه، فإن للمشترى قلع غرسه وبنائه إن اختار ذلك، لأن ملكه، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض، ذكره القاضى، وهو مذهب الشافعى، لأنه غرس وبنى فى ملكه، وما حدث من النقص إنما حدث فى ملكه، وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط فى قلع الغرس والبناء عدم الضرر، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره لإخراج ديناره منها، وقولهم: إن النقص حصل فى ملكه ليس كذلك، فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو ملك الشفيع، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه، فإن لم يختر المشترى القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة، وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الأرض، وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع، وبهذا قال الشعبى والأوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والليث والشافعى والبتى وسوار وإسحاق، وقال حماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى: يكلف المشترى القلع ولا شيء له، لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب، ولأنه بنى فى حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» (٢٣) ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك، ولأنه بنى فى ملكه الذى تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الإضرار كما لو لم يكن مشفوعًا،

15- مسألة: (وإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما، وعنه على عدد الرءوس).

ظاهر المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم، اختاره أبو بكر، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والعنبرى وإسحاق وأبو عبيد، وهو أحد قولى الشافعى، وعن أحمد رواية ثانية: أنه يقسم بينهم على عدد الرءوس، اختارها ابن عقيل، وروى ذلك عن النخعى والشعبى، وهو قول ابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأصحاب الرأى، لأن كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين فى الميراث وكالمعتقين فى سراية العتق.

ولنا: أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة، ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد، وبالفرسان والرجالة فى الغنيمة، وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الإعتاق فلنا فيه منع، وإن سلم فلأنه

(٢٣) تقدم برقم (٢٦).

وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى فى ملك غيره، ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق، بخلاف مسألتنا فإنه غير ظالم فيكون له حق.

إذا ثبت هذا: فإنه لا يمكن إيجـاب قيمتـه مستحـقًا للبقاء فى الأرض، لأنه لا يسـتحق ذلك، ولا قيمته مقلوعًا، لأنه لو وجبت قيمـته مقلوعًا لملك قلعه ولم يضمن شيئًا، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خـالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبنـاء فيدفعه الشفيع إلى المشترى إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع، لأن ذلك هو الذى زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء، مستحقًا للـترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه، فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمـة، وإن قلع قبله لم يكن له قيمة، أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك، لأنه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشترى سواء كثر النقص أو قل، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع، وقد رضى باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذه الشفـيع فالحكم فى أخذ نصيبه من ذلك كالحكم فى أخذ جميعه بعد المقاسمة.

فـــصل: وإن زرع فى الأرض فللشفـيع الأخذ بالشفـعة ويبقى زرع المشـترى إلى أوان الحـــصـاد، لأن ضرره لا يتبـاقى ولا أجرة عليه، لأنه زرعه فى ملكه، ولأن الشفـيع اشترى الأرض وفيهـا زرع للبائع فكان له مبـقى إلى الحصاد بلا أجرة كـغير المشـفوع، وإن كان فى الشجر ثمر ظاهر أثمر فى ملك المشترى فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزرع.

فــصل: وإذا نمى المبيـع فى يد المشترى لم يخل من حـالين: أحدهما: أن يكون نمـاء متصـلاً كالشجر إذا كـثر أو ثمرة غير ظاهـرة، فإن الشفيع يأخذه بزيادتـه، لأن هذه زيادة غير

إتلاف، والإتلاف يستوى فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى فى مائع، وأما البنون فإنهم تساووا فى السبب وهو البنوة فتساووا فى الإرث بها، فنظيره فى مسألتنا تساوى الشفعاء فى سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سـهام الشفعاء، فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليـها ويصير العقار بين الشـفعاء على تلك العدة، كما يفعـل فى مسائل الرد، ففى هذه المسـألة مخرج سـهام الشركـاء ستة، فـإذا باع صاحب النصف فسـهام الشفـعاء ثلاثة، لصاحب الثـلث سهمـان وللآخر سهم فـالشفـعة بينهم على ثلاثة ويصـير العقـار بينهم أثلاثًا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعًا، لصاحب النصف ثلاثة أرباعهـا وللآخر ربعها، وإن باع صـاحب السدس كانت بين الآخرين أخـماسًا، لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خـمساه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الـشقص المشـفوع بين الآخـرين نصفين، فـإذا باع صاحب النصف قـسم النصف بين

متميزة فتبعت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة، **فإن قيل**: فلم يرجع الزوج فى نصفه زائدًا إذا طلق قبل الدخول؟ **قلنا**: لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين، وفى مسألتنا إذا لم يرجع فى الشقص سقط حقـه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا فى الفسوخ كلها، **الحال الـثانى**: أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والأجـرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهى للمـشترى لا حق للشفيع فيها، لأنها حدثت فى ملكه وتكون للمشترى مبقاة فى رءُوس النخل إلى الجذاذ، لأن أخذ الشفيع من المشـترى شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، فـإن اشتراه وفيه طلع غـير مـؤبر فأبره ثم أخـذه الشفـيع أخـذ الأصل دون الثمـرة، ويأخذ الأرض والنخـيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصًا وسيفًا.

الآخرين لكل واحد الربع، فيصـير لصاحب الثلث ثلث وربع، وللآخر ربع وسدس، وإن باع صـاحب الثلث صـار لصـاحب النصف الثلثـان وللآخـر الثلث، وإن باع صـاحب السـدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس.

16- **مسألة: (فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر إلاَّ أن يأخذ الكل أو يترك).**

وجـملة ذلك أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعـضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وهو قول مالك والشـافعى وأصحاب الرأى، لأن فـى أخذ البعض إضرارًا بالمـشترى بتـبعيض الصفـقة عليـه، ولا يزال الضرر بالضـرر، ولأن الشفـعة إنما تـثبت على خـلاف الأصل دفعًـا لضرر الشريك الداخل خوفًا من سوء المشاركة ومـؤنة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر لم يتحقق المـعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشـركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح، لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص.

فـصل: فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر، فإذا قدم أحدهم فليس له إلاَّ أن يأخذ الكل أو يترك، لأنَّا لا نعلم اليوم مطالبًا سواه، ولأن فـى أخذه البعض تبعيضًا لصفقة المشترى فلم يجز ذلك، كما لو لم يكن مـعه غيره، ولا يجوز تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه، لأن فى التأخيـر ضررًا بالمشترى، فإذا أخذ الجميع ثم حضـر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فيـبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما، فـإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسـمهما إن أحب أو عفا فيبقى للأولين، فإن نما الشقـص فى يد الأول نماءً منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منهما، لأنه انفصل فى ملكه أشبه ما لو انفصل فى يد المـشترى قبل الأخذ بالشفعة، وكذلك إذا أخذ الثانى فنمـا فى يده نماءً منفصلاً لم يشـاركه الثالث فيه، فـإن خرج الشقص مستـحقًا فالعهدة على المـشترى يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخـر، فإن الأخذ وإن كان

فصل: وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشترى فهو من ضمانه، لأنه ملكه تلف فى يده، ثم إن أراد الشفيع بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمى، وسواء تلف باختيار المشترى كنقضه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة، وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقى من البناء، وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم، وهذا قول الثورى والعنبرى وأبى يوسف وقول الشافعى، وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان التلف بفعل آدمى كما ذكرنا، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقى إلا بكل الثمن أو يترك، وهذا قول أبى حنيفة وقول الشافعى، لأنه متى كان النقص بفعل آدمى رجع بدله إلى المشترى فلا يتضرر، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شىء فيكون الأخذ منه إضرارًا به والضرر لا يزال بالضرر.

ولنا: أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من

من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشترى فى الدفع إليهما والنائب عنهما فى دفع الثمن إليه، لأن الشفعة مستحقة عليه لهم، هذا ظاهر مذهب الشافعى، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه، أو قال: آخذ قدر حقى، ففيه وجهان: أحدهما: يبطل حقه، لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد، **والثانى:** لا تبطل، لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشترى ثمنًا كثيرًا فترك لذلك فبان خلافه، وإن ترك الأول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه، وإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا فى الأول، فإن أخذ الأول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك، وبهذا قال الشافعى، وحكى عن محمد بن الحسن: أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الأول، لأنه لم يعف، وإنما رد نصيبه بالعيب فأشبه ما لو رجع إلى المشترى ببيع أو هبة.

ولنا: أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشترى بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر، لأنه عاد غير الملك الأول الذى تعلقت به الشفعة.

فصل: وإذا حضر الثانى بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة، لأن هذا الثالث، إذا أخذ بالشفعة فهو كأنه مشارك حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشترى ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع، **فإن قيل:** وكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ **قلنا:** يحتمل أن يكون وكل فى القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقى الغائب على شفعته، **فإن قيل:** وكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ **قلنا:** ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف، لأنه لا يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبًا أخذ من

الثمن كما لو تلف بفـعل آدمى سواه، أو كما لو كان له شفيع آخـر، أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه فى العقد فـأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف، وأمـا الضرر فإنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذى يأخذه الشفيع يؤدى ثمنه فـلا يتضرر المشترى بأخذه، وإنما قلنا: يأخذ الأنقـاض، وإن كانت منفصلة، لأن اسـتحقاقـه للشفعـة كان حال عقـد البيع وفى تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصـال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل فى الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشـعث الشجـر وبارت الأرض فليس له إلا الأخـذ بجمـيع الثمن أو التـرك، لأن هذه المعانى لا يقـابلها الثمن بخلاف الأعـيان، ولهذا قلنا: لو بنى المشـترى أعطاه الشفيع قـيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت الشفعة.

الحاضر ثلث ما فى يده، لأنه قدر ما يستحقه ثم إن حكم له القاضى على الغائب أخذ ثلث ما فى يده أيضًا، وإن لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم، لأنه موضع عذر.

فـــصل: إذا أخذ الأول الشقص كلـه بالشفعة فقـدم الثانى فقال: لا آخذ مـنك نصفه بل أقتصر على قـدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك، لأنه اقتصر على بعض حقـه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشـترى فجاز كترك الكل، فإذا قدم الثـالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى فى يده فيضـيفه إلى ما فى يد الأول ويقســمانه نصفين فتصح قـسمة الشقص من ثمانيـة عشر سهمًا، لأن الثالث أخذ حقه من الثانى ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه إلى الثلثين وهى ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين فى تسعة يكن ثمانية عشر، للثانى أربعة ولكل واحـد من شريكيه سبـعة، وإنما كان كـذلك لأن الثانى ترك سدسًا كـان له أخذه وحقه منه ثلثـاه وهو السبع فيوفر ذلك علـى شريكيه فى الشفعـة، فللأول والثالث أن يقولا: نحن سواء فى الاستحـقاق ولم يترك واحد منا شيئًـا من حقه فنجمع ما معنا فنقـسمه، فيكون على ما ذكـرنا، وإن قال الثانى: أنا آخذ الربع، فله ذلك لمـا ذكرنا فى التى قبلهـا، فإذا قدم الثالث أخـذ منه نصف سدس وهو ثلث ما فى يده فضـمه إلى ثلاثة الأرباع وهى تسعـة يصبر الجميع عشرة فيقسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثانى سهمان وتصح من اثنى عشر.

١٧- مـســألة: (وإن كان المشترى شريكًا فالشـفعة بينه وبين الآخر، وللآخر الأخذ بقدر نصيبه).

وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وحكى عن الحسن والشـعبى والبَتِّىِّ لا شفعة للآخر، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متـقدمة فلا ضرر فى شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم: أن الشفعة كلها لغير المشترى ولا شىء للمشترى فيها، لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه.

٨٧٨- **مسألة:** قال: (**وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك، وإن كان عرضًا أعطاه قيمته**).

وجملته: أن الشفيع يأخذ الشقص من المشترى بالثمن الذى استقر عليه العقد، لما روى فى حديث جابر أن النبى ﷺ قال: «هو أحق بالثمن»(٢٤) رواه أبو إسحاق الجوزجانى فى كتابه، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقًا له بالثمن كالمشترى، **فإن قيل**: إن الشفيع استحق أخده بغير رضى مالكه فينبغى أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره، **قلنا**: المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع فى بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع، ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع، إذا ثبت هذا: فإنا ننظر فى الثمن، فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه يقول أصحاب الرأى والشافعى، وحكى عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا، لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن.

ولنا: أنهما تساويا فى الشركة فتساويا فى الشفعة كما لو اشترى أجنبى بل المشترى أولى، لأنه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر إلى المشترى، وقد حصل شراؤه، **والثانى**: لا يصح أيضًا، لأنَّا لا نقول: إنه يأخذ من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يمتنع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنًا ما تعلق به، إذا ثبت هذا فإن لشريك المشترى أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو.

18- **مسألة:** (**وإن ترك المشترى شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك**).

إذا قال المشترى: قد أسقطت شفعتى فخذ الكل أو اترك، لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشترى، لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك، فإن قال الأول: خذ الكل أو دع فإنى قد أسقطت شفعتى، لم يكن له ذلك، **فإن قيل**: هذا تبعيض للصفقة على المشترى، **قلنا**: هذا تبعيض اقتضاه دخوله فى العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا فى الشفيع الحاضر: إذا أخذ جميع الشقص، وكما لو اشترى شقصًا وسيفًا.

19- **مسألة:** (**وإذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبى صفقتين ثم علم**

---

(٢٤) تقدم برقم (١) كتاب الشفعة.

ولنا: أنه أحد نوعى الثمــن فجاز أن تثبت به الشفـعة فى المبيع كالمـثلى، وما ذكروه لا يصح، لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف، فأما أن كان الثمن من المثليات غير الأثــمان كالحبوب والأدهان، فقال أصحابنا: يأخــذه الشفيع بمثله، لأنه من ذوات الأمثال فهو كالأثمان، وبه يقول أصــحاب الرأى وأصحاب الشافعى، ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقــيمة فكان أولى من المــماثل فى إحداهمــا، ولأن الواجب بدل الثمن فكان مثله كبدل القرض والمتلف.

فصل: ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذى استقر عليه العقد، فلو تبايعا بقدر ثم غيراه

الشريك فله أن يــأخذ بالبيــعين وله أن يأخذ بأحــدهما، فإن أخــذ بالثانى شــاركه المشــترى فى شفعــته فى أحد الوجــهين، وإن أخذ بالأول لم يشاركـه، وإن أخذ بهما جـميعًا لم يشــاركه فى شفعة الأول، وهل يشاركه فى شفعة الثانى؟ على وجهين).

وجـملة ذلك أن الشريك إذا باع بعض الشقص لأجنبى ثم باعه باقيه فى صفقة أخرى ثم علم الشفيع فـله أخذ المبيع الأول والثانى وله أخــذ أحدهما، فإن أخــذ الأول لم يشاركة فى شفعته أحد، وإن أخذ بالثانى فهل يشاركه المشــترى فى شفعته بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يشاركه فيها، وهو مذهب أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى، لأنه شريك فى وقت البيع الثانى بــملكه الذى اشتراه أولاً، **والثــانى**: لا يشاركه، لأن ملكه على الأول لم يســتقر لكون الشفــيع يملك أخذه، **والثـالث**: إن عفا الشفيع عن الأول شــاركه فى الثانى، وإن أخذ بهما جمــيعًا لم يشاركه، وهذا مذهب الشــافعى، لأنه إذا عفا عنه استقــر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فإذا قلنا: يشاركه فى الشفعــة ففى قدر ما يستحق وجهان: **أحدهــما**: ثلثـه، **والثــانى**: نصفــه، بناء على الروايتين فــى قسم الشفــعة على قــدر الأملاك أو عدد الرءوس، فــإذا قلنا: يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقــار فى أحد الوجهين وفى الآخر ثلاثة أثمانه وباقية لشريكه، وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه فى أحد الوجهين، وفى الآخر ثمنه والباقى لشريكه، وإن باعه الشريك الشقص فى ثلاث صفقات مـتساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما نذكره ويستحق ما يستحقون، وللشفيع ههنا مثل ما له مع الثلاثة، والله أعلم.

فــصل: وإن كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شــريكه فى بيع نصيبه مع نصيبه فــباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفــعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان: **أحــدهمــا**: له ذلك، لأن المالك اثنان فهمــا بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهمــا كما لو توليا العــقد، **والثــانى**: ليس له ذلك، لأن الصفقة واحدة وفى أخذ أحدهــما تبعيض الصفقة على المشترى فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد، وإن وكل رجل رجلاً فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشــقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهمــا، لأنهما مشتريان أشبه مــا لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة والــتى قبلها أن أخذ أحد النصيــبين لا يفضى

فى زمن الخيار بزيادة أو نقص، ثبت ذلك التغيير فى حق الشفيع، لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد، وإنما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه، ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد، والتغيير يلحق بالعقد فيه لأنهما على اختيارهم فيه، كما لو كان حال العقد، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد، لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لهما شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك فى حق الشفيع، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يثبت النقص فى حق الشفيع دون الزيادة، وإن كان عنده يلحقان بالعقد، لأن الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال مالك إن بقى ما يكون ثمنًا أخذ به، وإن حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول.

إلى تبعيض الصفقة على المشترى، ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التى قبلها فإن المشترى واحد.

20- مسألة: (وإن اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما).

وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه، وقال فى الأخرى: يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله، لأنه قبل القبض يبعض صفقة البائع.

ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض، وما ذكروه ممنوع على أن المشترى الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضًا، فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها.

فصل: وإذا باع شقصًا لثلاثة دفعة واحدة، فلشريكه يأن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث، لأن كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما فى العقد الآخر، كما لو كانت متفرقة، وإذا أخذ نصيب أحدهم لم يكن للآخرين مشاركته فى الشفعة، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق، فأما إن باع نصيبه لثلاثة فى ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضًا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها، فإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته فى شفعته، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه، وإن أخذ نصيب الثانى وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الأول فى شفعته، لأن ملكه سابق لشراء الثانى فهو شريك فى استحقاقها حال شرائه، ويحتمل أن لا يشاركه، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه الشفعة فلا يكون سببًا فى استحقاقها، وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففى مشاركتهما له وجهان، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يشاركه واحد منهم، لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة **والثانى:** يشاركه الثانى فى شفعة الثالث، وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى، لأنه كان مالكًا ملكًا صحيحًا حال شراء الثالث، ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفعته فكذلك إذا لم يعف، لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذى صار به شريكًا

ولنا: أن ذلك يعتبر بعـد استقرار العقد فلم يثبت فى حق الشفـيع كالزيادة، ولأن الشفيع استحق الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التـغيير بعد ذلك فيه كالزيادة، وما ذكروه من العذر غير صحيح، لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع، وإن أضر به كالزيادة فى مدة الخيار، ولأنه حط بعد لزوم العقد، فأشبه حط الجميع أو الأكثر عند مالك.

فصل: وإن كان الثمن مما تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع ، لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتـبار بعد ذلك بالزيادة والـنقص، وإن كان فيـه خيار اعـتبرت القـيمة حـين انقضاء الخـيار واستقرار العقد، لأنه حين استحقاق الشفعة، وبهذا قال الشافعى، وحكى عن مالك أنه يأخذه بقيـمته يوم المحـاكمة وليس بصحـيح، لأن وقت الاستحـقاق وقت العقد ومـا زاد بعد ذلك حـصل فى ملك البائع، فـلا يقوم للمـشتـرى وما نـقص فمن مـال البائع فـلا ينقص به حق المشترى.

فـصل: وإذا كان الثمن مؤجـلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئًـا وإلا أقام ضمينًا مليئًا وأخذ ، وبه وقال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثورى: لا يأخذها إلا بالنقد حالاً، وقال أبو حنيـفة: لا يأخذهـا إلا بثمن حال أو ينتظر مـضى الأجل ثم يأخذ، وعن الشـافعى كمذهب أبى حنيفة، لأنه يمكنه الأخذ بالمؤجل، لأنه يفـضى إلى أن يلزم المشترى قبول ذمة الشفيع، والذمم لا تتمـاثل، وإنما يأخذ بمثله، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لـئلا يلزمه أكثر ممـا يلزم المشـترى، ولا بسلعـة الثمن إلى الأجل لأنه إنما يـأخذه بمثل الثـمن أو القيـمة، والسلعة ليست واحدة منهما فلم يبق إلا التخيير.

ولنا: أن الشفيع تابع لـلمشترى فى قدر الثـمن وصفته، والتأجـيل من صفاته، ولأن فى الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فإننا لا

لا بالعفو عنه، ولذلك قلنا فى الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه: إن له أخذ نصيب المشترى الأول، وللمـشترى الأول أخذ نصيب المشتـرى الثانى، وعلى هذا يشاركه الأول فى شفعـة الثانى والثالث جميـعًا، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفـين فباع أحدهما نصـيبه لثلاثة فى ثلاثة عـقود فى كل عقـد سدسًا فللشـفيع السدس الأول وثـلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثـالث وللمشترى الأول ربع السدس الثـانى وخمس الثالث وللمشتـرى الثانى خمس الثالث، فـتصح المسألة من مـائة وعشرين سهـمًا للشفيع الأول مـائة وسبعة أسـهم، وللثانى تسعة، وللثالث أربعة، وإن قلنا: إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشترى الأول نصف السدس الثانى وثلث الثالث، وللثانى ثلث الثالث وهو نصف التسع، فتصح من ستة وثلاثين، فللشفيع تسعة وعشرون، وللثانى خمسة، وللثالث سهمان.

فـــصل: دار بين أربعة أرباعـًا باع ثلاثة منهم فى عقود مـتفرقـة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذى لم يبع الشـفعة فى الجميع ، وهل يستحق البائع الثـانى والثالث الشفعة

نوجبها حتى توجد المـلاءة فى الشفيع أو فى ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضـر اختلافهما فيما وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيـمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفيع بالأجل فـمات الشفيع أو المشترى وقلنـا: يحل الدين بالموت حَلَّ الدين على الميت منهما دون صاحبه، لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد فى حقه.

فـــصل: وإذا باع شقصًا مشفـوعًا ومعه ما لا شفعة فيه كالـسيف والثوب فى عقد واحد ثبتت الشفعة فى شقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، فما يخص الشقص يأخـذه الشفيع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، ويحتمل أن لا تجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشترى وفى ذلك إضرار به، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص، وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك.

ولنا: أن السيف لا شفـعة فيه ولا هو تابع لمـا فيه الشفعـة فلم يؤخذ بالشفعـة، كما لو أفرده، وما يلحـق المشترى من الضرر فـهو ألحقه بنفـسه بجمعـه فى العقد بين ما ثبـتت فيه الشفعة وما لا تثبت، ولأن فى أخذ الكل ضررًا بالمشترى أيضًا، لأنه ربما كان غرضه فى إبقاء السيف له ففى أخذه منه إضراره من غير سبب يقتضيه.

فيـما باعه البائع الأول؟ على وجـهين، وكذلك هل يسـتحق الثالث الشفـعة فيمـا باعه الأول والثانى؟ على وجهين، وهل يسـتحق مشترى الربع الأول الشفعة فيـما باعه الثانى والثالث؟ أو هل يستحق الثانى شفـعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه: **أحـــدها**: يستحقان، لأنهـما مالكان حال البيع، **والثانى**: لاحق لهما، لأن ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به، **والثالث**: إن عفا عنـهما أخذ وإلا فلا، فـإذا قلنا: يشترك الجمـيع فللذى لم يبع ثلث كل ربع، لأن له شريكين فصار له الربع مضمومًا إلى ملكه فكمل له النصف، وللبائع الثالث والمشترى الأول الثلث لكل واحد منهما سدس، لأنه شريك فى شفعة مـبيعين، وللبائع الثانى والمشترى الثانى السدس لكل واحد منهما نصفه، لأنه شريك فى شفعة بيع واحد وتصح من اثنى عشر.

21- **مـــسألة: (وإن اشترى واحد حق اثـنين أو اشترى شقصين من دارين صـفقة واحدة فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين).**

إذا اشتـرى رجل من رجلين شقـصًا صفـقة واحـدة فللشفيع أخـذ نصيب أحـدهما دون الآخر، وبه قال الشافعى، وحكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك، وهو قول أبى حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشترى.

ولنا: أن عقد الاثنين مع واحد عـقدان، لأن مشتر من كل واحد منهمـا ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه، كمـا لو أفرده بعقد، وبهذا ينفصل عما ذكـروه، وأما إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد، وكان الشريك فى أحدهما غير الشريك فى الآخر فلهما أن يأخذا ويقسـما الثمن على قدر القـيمتين، وإن أخـذ أحدهما دون الآخر جاز ويـأخذ الشقص

فصل: **وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك فى أحدهما غير الشريك فى الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين**، وإن أخذ أحـدهما دون الآخر جـاز ويأخذ الشـقص الذى فى شركـته بحصـته من الثـمن، ويتخـرج أنه لا شفـعة له كالمسألة التى قبلها، وليس له أخذهما معًـا، لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف، وإن كان الشـريك فيهما واحدًا فله أخذهما وتركهما، لأنه شريك فيـهما، وإن أحب أخذ أحـدهما دون الآخر فله ذلك، وهذا منصوص الـشافعى، ويحتمل أنه لا يملك ذلك، ومـتى اختاره سقطت الشفـعة فيهما، لأنه أمكنه أخـذ المبيع كله فلم يملك أخـذ بعضـه، كمـا لو كان شـقصًـا واحدًا، ذكـره أبو الخطاب وبعض أصـحاب الشافعى.

ولنا: أنه يستحق كل واحـد منهما بسبب غـير الآخر فجرى مجـرى الشريكين، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب ـ إذا كانا شريكين فـترك أحدهما شفعته ـ أن يكون للآخر أخذ الكل والأمر بخلافه.

الذى فى شركتـه بحصته من الثمن، ويـتخرج أن لا شفعـة له، لأن فيه تبعيض الصـفقة على المشترى، وذلك ضرر به وليس له أخذهما معًا، لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفـعة فجرى مجرى الشـقص والسيف على ما نذكره، وإن كان الشريك فـيها واحدًا فله أخذهما وتركهمـا، لأنه شريك فيهما، وله أخذ أحدهمـا دون الآخر وهو منصوص الشافعى، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشـفعة فيهما، لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصًا واحدًا، وذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية.

ولنا: أنه يستحق كل واحـد منهما بسبب غـير الآخر فجرى مجـرى الشريكين، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب ـ إذا كانا شريكين فـترك أحدهما شفعته ـ أن يكون للآخر أخذ الكل، والأمر بخلافه.

22- مـسألة: **(وإن باع شقصًا وسيفًا فللشفيع أخـذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز).**

إذا باع شقصًا مشفوعًا ومعه ما لا شفعـة فيه كالسيف والثوب فى عقد واحد ثبتت الشفعة فى الشقص بحـصته من الثـمن دون ما معه فـيقوم كل واحد منهـما ويقسم الثـمن على قدر قيمتـهما فيما يخص الشقص يأخـذ به الشفيع، وبه قال أبو حنيفة والشـافعى، ويحتمل أن لا يجب لئلا تبـعض شفعة المـشترى وفى ذلك إضـرار به أشبه ما لو أراد أخـذ بعض الشقص، وقال مالك: تثبت الشفعة فيهما لذلك.

ولنا: أن السيف لا شـفعة فيـه ولا هو تابع لما فيـه الشفعة فلم يؤخـذ بالشفعة كـما لو أفرده، والضرر اللاحق بالمشترى هو ألحقه بنفسه لجمعه فى العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما

فصل: ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ، لأن فى أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشترى ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهنًا أو ضمينًا لم يلزم المشترى قبوله، لأن فى تأخير الثمن ضررًا فلم يلزم المشترى ذلك، كـما لو أراد تأخير ثمن حال، فإن بذل عوضًا عن الثمن لم يلزمـه قبوله، لأنها مـعاوضة لم يجبـر عليها، وإذا أخذ بالشـفعة لم يلزم المـشترى تسليم الشقص حتى يقبض الـثمن، فإن كان موجودًا سلمه، وإن تعذر فى الحـال، قال أحمد فى رواية حرب: ينظر الشفيـع يومًا أو يومين بقدر ما يرى الحاكم، فإذا كـان أكثر فلا، وهذا قول مالك.

وقال ابن شبـرمة وأصحاب الشافعـى: ينظر ثلاثًا، لأنها آخر حد القلة فإن أحـضر الثمن وإلا فسخ عليـه، وقال أبو حنيفة وأصـحابه: لا يأخذ بالشفـعة ولا يقضى القاضى بهـا حتى يحضر الثمن، لأن الشـفيع يأخذ الشقص بغير اخـتيار المشترى فلا يسـتحق ذلك إلا لإحضار عوضه كتسليم المبيع.

ولنا: أنه تملك للمبـيع بعوض فلا يقف على إحضـار العوض كالبيع، وأمـا التسليم فى البيع فالتسليم فى الشفعة مثله، وكون الأخذ بغـير اختيار المشترى يدل على قوته فلا يمنع من اعتـباره فى الصحة، فـإذا أجلناه مدة فأحـضر الثمن فـيها وإلا فسخ الحـاكم الأخذ ورده إلى المشترى، وهكذا فلو هرب الشفيع بعد الأخـذ، والأولى أن للمشترى الفسخ من غير حاكم، لأنه فات شـرط الأخذ، ولأنه تعـذر على البائع الوصول إلـى الثمن فملك الفـسخ كغـير من أخذت الشفعـة منه، وكما لو أفلس الشفيع، ولأن الأخذ بالشفـعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فـسخ الأخذ بها على الحـاكم كفسخ غيـرها من البيوع وكـالرد بالعيب، ولأن وقف ذلك على الحاكم يفـضى إلى الضرر بالمشتـرى، لأنه قد يتعذر علـيه إثبات ما يدعـيه، وقد

لا تثبت، ولأن فى الأخذ بالكل إضرارًا بالمشترى أيضًا، لأنه ربما كان غرضه فى إبقاء السيف له ففى أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه.

23- مسألة: (وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقى بحصته من الثمن، وقال ابن حامد: إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن) .

إذا تلف الشقص أو بعضه فى يد المشتـرى فهو من ضمانه، لأنه ملكه تلف فى يده، فإن أراد الشفيع الأخذ إذا تلف بعـضه أخذ الموجود بحصته من الثـمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمى وسواء تلف باختيار المشتـرى كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الأبعاض موجـودة أخذها مع العرصة بالحصة، وإن كانت معـدومة أخذ العوض وما بقى من البناء، هـذا ظاهر كلام أحمد فـى رواية ابن القاسم، وهو قول الثـورى والعنبرى وأبى يوسف وقول للشافعى، وقال ابن حامد: إن كـان التلف بفعل آدمى كما ذكرنا، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حـريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقى إلا بكل الثمن

يصعب عليه حضور مـجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيـها ما يفضى إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لـم يملك الأخذ إلا بعد إحضار الثـمن لئلا يفضى إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشترى.

فـصل: لا يحل الاحتيـال لإسقاط الشفعـة وإن فعل لم تسقط، قـال أحمـد فى رواية إسماعيل بن سعـيد، وقد سألته عن الحيلة فى إبطال الشفعـة فقال: لا يجوز شىء من الحيل فى ذلك ولا فى إبطال حق مسلم، وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبى شيبة وأبو إسحاق الجوزجـانى، وقال عبد الله بن عـمر: من يخدع الله يخدعـه، وقال أيوب السختـيانى: إنهم ليخادعون الله كما يخدعون صبيّا، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علىَّ.

ومعنى الحيلة: أن يظهروا فى البيع شيئًا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون فى الباطن على خلافه، مثل: أن يشترى شقصًا يساوى عـشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير، أو يشتريه بمائة دينار ويقضـيه عنها مائة درهم، أو يشترى البائع من المشترى عبـدًا قيمته مائة بألف فى ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف، أو يشتـرى شقصًا بألف ثم يبرؤه البائع من تسعمائة،

أو يترك، وهو قول أبى حنيفة وقول للشافعى، لأنه متى كان النقص بفعل آدمى رجع بدله إلى المشتـرى فلا يتضرر، ومتى كـان بغير ذلك لم يرجع إليه شىء فـيكون الأخذ منه إضرارًا به، والضرر لا يزال بالضرر.

ولنا: أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقـدر على أخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمى سواه وكما لو كان له شفيع آخر، أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه فى العقد فأخذه بالحصة كـما لو كان معه سيف، وأما الضرر فإنما حـصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذى يأخذه الشفيع يؤدى ثمـنه فلا يتضرر المشترى بأخـذه، وإنما قلنا يأخذ الأبعاض، وإن كانت منفصلة، لأن اسـتحقاقه كان حال عـقد البيع وفى تلك الحال كان متـصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال، وانفـصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثـمرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور، فإذا ظهـرت فقد انفصلت فلم تدخل فى الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، لأن هذه المعانى لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان، ولهذا لو بنى المـشترى أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المـبيع زيادة متصلة دخلت فى الشفعة.

فـصل: (الشرط الخامس أن يكون للشـفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنمـا ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه، وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة.

24- مسألة: (فإن اشترى اثنان دارًا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما.

أو يشترى جزءًا من الشـقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه، أو يهب الشـقص للمشترى ويهب المشترى له الثمن، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معـينة غيـر موصوفـة، أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشـباه هذا، فهـذا كله إذا وقع من غيـر تحيل سقطت الشفعة، وإن تحيلا به على إسقاط الشفعة لم يسقط ويأخذ الشفيع الشقص فى الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيـمتها من الدراهم وفى الثانية بمائة درهم أو قيمتـها ذهبًا، وفى الثالثة بقيمة العبد المبيع، وفى الرابعة بالباقى بعـد الإبراء وهو المائة المقبوضة، وفى الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن، لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضًا عن الثمن الذى اشترى به جزءًا من الشقص، وفى السادسة يأخذ بالثمن الموهوب، وفى سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه الثمن أو بقيمته إن لم يكن مثلها إذا كان الثمن موجودًا، وإن لم يوجد عينه دفع إليـه قيمة الشقص، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمـتها، وقال أصحاب الرأى والشافعى: يجوز ذلك كله وتـسقط به الشفعة، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من أدخـل فرسًا بين فرسـين ولم يأمن أن يسبق فليس بقـمار، وإن أمن أن يسبق فهو قمار»(٢٥) رواه أبو داود وغيره، فجعل إدخال الفرس المحلل قمارًا فى

25- مـسألة: (فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتحالـفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما).

إذا كانـت دار بين رجلين فادعى كل واحـد منهمـا على صاحـبه أنه يسـتحق مـا فى يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها؟ فإن قالا: ملكناها دفعة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر، لأن الشفعـة إنما ثبتت بملك سابق فى ملك مـتجدد بعده، وإن قال كل واحـد منهما: ملكى سابق، ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخًا، فإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وإن لم يكن لواحد منهما بينة سـمعنا دعوى السابق وسألنا خـصمه، فإن أنكر فالقول قـوله مع يمينه، فإن حلف سقطت دعوى الأول، ثم نسـمع دعوى الثانى على الأول، فإن أنكر وحلف سـقطت دعواهما جميعًا، وإن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه، لأن خصمه قد استحق ملكه، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه.

---

(٢٥) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٢٥٧٩) وابن مـاجه (٢/ ح ٢٨٧٦) والدارقطنى (٤/ ١١١، ٣٠٥) والحاكم (٢/ ١١٤) وأبو نعيم فى الحلية (٢/ ١٧٥) من طرق عن سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسـيب عن أبى هريرة... فذكـره، وسفيـان بن حسين هذا ضـعيف فى الزهرى، قـال أبو حاتم: أحسن أحـواله أن يكون موقوفًـا على سعـيد بن المسـيب، وتابعه سعـيد بن بشـير عن الزهرى به، وأخرجـه أبو داود (٣/ ح ٢٥٨٠) والطبرانى فى الصغيـر (٩٥) وابن عدى فى «الكامل» وسعـيد بن بشير قال الحافظ فى التقريب: ضعيف، والصحيح هو الموقوف على سعيد بن المسيب، والله أعلم.

الموضع الذى يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جَعْلاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما، وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها.

واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة ﷺ عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»(٢٦) وقال النبى ﷺ: «لعن الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه»(٢٧) متفق عليه، ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ (البقرة: ٩) والحيل مخادعة، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا فى السبت قردة بحيلتهم، فإنه روى أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة، ومنهم من يحفر جبابًا ويرسل الماء إليها يوم الجمعة، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فى الشباك والجباب فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون: ما اصطدنا يوم السبت شيئًا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم، وقال تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٦٦) قيل: يعنى به أمة محمد ﷺ، أى لتتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون، ولأن الحيلة

26- مسألة: (ولا شفعة بشركة الوقف فى أحد الوجهين).

ذكره القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعى، لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالمجاور وما لا ينقسم، ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك، وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام، لأنه لا يبيح إباحة التصرف فى الرقبة فلا يملك به ملكًا تامًا، وقال أبو الخطاب: إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة، لأنه مملوك بيع فى شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق، ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها فى الطلق، وإنما لم يستحق بالشفعة، لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه.

فصل: وإن تصرف المشترى فى المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة، نص عليه فى رواية على بن سعيد وبكر بن محمد، وحكى ذلك عن الماسرجسى فى الوقف، لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك، وقد خرج بهذا عن كونه مملوكًا، قال ابن أبى موسى: من اشترى دارًا فجعلها مسجدًا فقد استهلكها ولا شفعة فيها، ولأن فى الشفعة ههنا إضرارًا بالموهوب له والموقوف عليه، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر

---

(٢٦) ذكره ابن كثير فى تفسيره (٣/ ٤٩٢) وعزاه إلى الإمام أبى عبد الله بن بطة، وقال: إسناده جيد.

(٢٧) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٣٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٧/ ٧١) بلفظ: «قاتل» وأيضًا (٤/ ١٢٠٧/ ٧٢) بلفظ: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها» والترمذى (٣/ ح ١٢٩٧) والنسائى (٧/ ح٤٦٨٣) وابن ماجه (٢/ ح ٢١٦٧) والدارمى (٢/ ح٢١٠٤) وأحمد فى مسنده (ح١٧٠).

خديعـة، وقد قال النبى ﷺ : «لا تحل الخديعـة لمسلم»(٢٨) ولأن الشفعـة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كـما لو أسقطها المشترى بالبيع والوقف، وفارق ما لم يقصد به التحيل، لأنه لا خداع فـيه ولا قصد به إبطال حق، والأعمال بالنيات، فإن اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا؟ فالقول قـول المشترى مع يمينه، لأنه أعلم بنيته وحاله.

بخلاف البيع فـإنه إذا فسخ البيع الثانى رجع المشـترى الثانى بالثمن الذى أخذ منه فـلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الـشفعة ههنا يوجب رد العـوض إلى غير المالك وسلبـه عن المالك وفى ذلك ضرر، فيكون منفيّا، وقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذى وقع به البيع، وهذا قول ملك والشافـعى وأصحاب الرأى، لأن الشفيع يملك فسخ البـيع الثانى والثالث مع إمكان الأخذ بهـما فلأن يملك فسخ عـقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفـيع أسبق وجنبتـه أقوى فلم يملك المـشتـرى تصرفًا يبطل حـقه ولا يمـتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كمـا لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مـات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيمـا زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق والوقف أولى، فإذا قلنا بثـبوت الشفعة أخـذ الشفيع الشقص ممن هو فى يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن إلى المشترى، وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له، لأنه يأخذ ملكه.

ولنا: أن الشفـيع يبطل الهبة ويأخـذ الشقص بحكم العقـد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك بعد الهبة المفسوخة.

27- مـسـألة: (وإن باع فله الأخذ بأى البـيعين شاء، فإن أخـذ بالأول رجع الثانى على الأول).

إذا تصرف المـشترى فى المبـيع قبل أخذ الشفـيع أو قبل علمه صح تصـرفه، لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه، وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين فى البيع معينًا لم يمنع التصرف فى الآخر، والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبة، وإن كـان الواهب ممن له الرجوع فيـه، فمتى تصرف فـيه تصرفًا تجب به الشـفعة كالبيع، فللشفيع الخيار إن شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بثمنه، لأن الشفعة وجبت له قبل تصـرف المشترى، وإن شاء أمـضى تصرفه وأخذ بالشـفعة من المشتـرى الثانى، لأنه شفيع فى العـقدين فكان له الأخذ بأيهما شاء، وإن تبـايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ بالبيع الأول وينفسخ العقدان الآخران، وله أن يأخذه بالثـانى وينفسخ الثالث وحده، وله أن يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذى اشترى به ورجع الثالث

---

(٢٨) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٢٤١) وأحمد فى مسنده (٤١٢٥) وإسناده ضعيف، وعلته جابر الجعفى: وهو ضعيف، وهو بلفظ: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم». **والخلابة:** الخديعة.

إذا ثبت هذا: فإن الغـرر فى الصورتين الأوليين علـى المشترى لشـرائه ما يساوى عـشرة بمائة ومـا يساوى مائة درهم بمـائة دينار، وأشهد علـى نفسه أن عليـه ألفًا فربمـا طلبه بذلك فلزمته فى ظاهر الحكم وفى الثالثة الغرر على البـائع لأنه اشترى عبدًا يساوى مائة بألف، وفى الرابعة على المشترى، لأنه اشترى شقصًا قيمته مائة بألف، وكذلك فى الخامسة، لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه، وفى السادسة على البادئ منهما بالهبة، لأنه قد لا يهب له الآخر شيئًا، فإن خالف أحدهما ما تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه فى ظاهر الحكم، لأنه عقد البيع مع صـاحبه بذلك مختارًا، فأمـا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غـر صاحبه الأخذ بخـلاف ما تواطآ عليه، لأن صـاحبه إنمـا رضى بالعقد للتـواطؤ فمع فواته لا يتـحقق الرضى به.

عليه بما أعطاه، لأنه قـد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثـمنه على الثانى، لأنه أخذه منه، وإن أخـذ بالبيع الأول دفع إلى المـشتـرى الأول الثمن الذى اشـترى به وانفـسخ عـقد الآخرين ورجع الثالث عـلى الثانى بما أعطاه، والثانى على الأول بمـا أعطاه، فإن كان الأول اشتراه بعـشرة ثم اشتراه الثانى بعشـرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فـأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الأول من الـثانى عشرين وأخذ الثالث من الثـانى ثلاثين، لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه فى يـده وقد انفسخ عقده فيـرجع بثمنه الذى ورثه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وبـه يقول مالك والشافـعى والعنبرى وأصحاب الرأى، ومـا كان فى معنى البيـع مما تجب به الشفـعة فهـو كالبيع على ما ذكـرنا، وإن كان ممـا لا تجب به الشفعـة فهو كالهـبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه، والله أعلم.

28- مـســألة: **(وإن فسخ العـقد بعيب أو إقالة أو تحـالف فللشفيع أخـذه ويأخذه فى التحالف بما حلف عليه البائع).**

إذا رد المشترى الشقص بعيب أو قايل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة، لأن حقه سابق عليهمـا ولا يمكنه الأخذ معهما، فإن تحالفا على الثمن وفـسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بمـا حلف عليه البائع، لأن البائع مـقر بالبيع بالثمن الذى حلف عليـه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعـة بذلك، فإذا بطل حق المشترى بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما ويأخذ، لأن حقه أسبق.

فـصل: **وإن اشترى شقصًا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعـبد عيبًا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم علـى حق الشفيع**، لأن فى تقديم حق الشفيع إضرارًا بالبـائع بإسقاط حقه من الفسخ الذى استحقه، والشفعة ثبتت لإزالة الضرر، فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر، فإن الضرر لا يزال بالضـرر، وقال أصحاب الشافـعى: يقدم حق الشفيع فى أحـد الوجهين، لأن حقه أسبق فوجب تقديمه، كما لو وجد المشترى بالشقص عيبًا فرده.

٨٧٩- **مسألة:** قال: (**وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشترى إلا أن يكون للشفيع بينة**).

وجملته: أن الشفيع والمشترى إذا اختلفا في الثمن فقال المشترى: اشتريته بمائة، فقال الشفيع: بل بخمسين فالقول قول المشترى، لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن، ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة، وبهذا قال الشافعي، **فإن قيل**: فهلا قلتم: القول قول الشفيع، لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا: الشفيع ليس بغارم، لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها، وكذلك إن كان للمشترى بينة حكم بها واستغنى عن يمينه، ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع، لأنه إذا شهد للشفيع كان متهمًا، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفًا من الدرك عليه، وإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما، لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقى، لأن بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل، والشفيع هو الخارج، وهذا قول أبى حنيفة، وقال صاحباه: البينة بينة المشترى، لأنها تسترجع بقول المشترى فإنه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل، لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستنده إلى يده، وفى مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع.

ولنا أن فى الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق، لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقًا، وفى الشفعة إبطاله فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبًا، فإن حق المشترى إنما هو فى استرجاع الثمن، وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة فى الرد، وفى مسألتنا حق البائع فى استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافترقا، فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع، لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه، كما لو باعه المشترى لأجنبى، فإن الشفعة بيع فى الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص، لأنه بمنزلة التالف، والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يتراجعان، لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحًا لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيبًا، لأنه إنما أعطى عبدًا معيبًا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى، **والثانى**: يتراجعان، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد، والذى استقر عليه العقد قيمة الشقص، فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشترى على الشفيع بشيء، لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب، وإن أدى قيمته معيبًا

ولنا: أنهما بينتان تعـارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمـها كالداخل والخارج، ويحتمل أن يقرع بينهما، لأنهما يتنازعان فى العقد ولا يدلهما عليه فصارا كالمتنازعين عينًا فى يد غيرهما.

فـصل: وإن قال المشترى: لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله ، لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافًا أو بثمن نسى مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة، لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع إليـه ما لا يدعيه، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحـيلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفى ذلك.

فــــصل: فإن اشتـرى شقصًا بعـرض واختلفا فى قيمـته فإن كان موجـودًا عرضناه على المقومين، وإن تعذر إحضاره فالقول قول المشترى ، كما لو اختلفا فى قدر الثمن، وإن ادعى جهل قيـمته فهـو على ما ذكرنا فيـما إذا ادعى جهل ثمنه، وإن اختلفـا فى الغراس والبناء فى الشقص فقال المشترى: أنا أحدثته وأنكر الشفـيع فالقول قول المشترى، لأنه ملكه، والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك.

رجع المشتـرى عليه بما أدى من أرشه، وإن عـفا عنه ولم يأخذ أرشًا لم يرجع الشـفيع عليه بشىء، لأن البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وإن عاد الشـقص إلى المشترى ببيع أو هبة أو إرث أو غيـره فليس للشفيع أخذه بالبيع الأول، لأن ملك المشترى زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى القيمة، فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئًا لم يقدر على رده فأدى قيمته ثم قدر عليه فإنه يرده، لأن ملك المغصوب منه لم يزل عنه.

فــــصل: ولو كان ثمن الشـقص مكيلاً أو مـوزونًا فتلف قبل قـبضه بطل الـبيع وبطلت الشـفعـة ، لأنه تعذر التسليم فتعذر إمضاء العقد فلـم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع فى مدة الخيار بخـلاف الإقالة والرد بالعيب، وإن كان الشفـيع قد أخذ الشقص فهو كـما لو أخذه فى المسألة التى قبلها، لأن لمشترى الشقص التصرف فـيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبى.

فـصل: فإن اشترى شقصًا بعبد أو ثمن معين فخرج مـستحقًا فالبيع باطل ولا شفعة فيه ، لأنها إنما تثبت فى عقـد ينقل الملك إلى المشترى وهو العقد الصحيح، فـأما الباطل فوجوده كعدمه، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشـفعة لزمه رد ما أخذ على البائع، ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار من الشفـيع والمتبايعين، وإن أقـر المتبايعان وأنكر الـشفيع لم يقبل قولهـما عليه وله الأخذ بالشفعـة ويرد العبد إلى صاحبه ويرجع الـبائع على المشترى بقيـمة الشقص، وإن أقر الشفيع أو المـشترى دون البائع لم تثـبت الشفعة، ويجب على المـشترى رد قيمـة العبد على صاحـبه ويبـقى الشقص مـعه يزعم أنه للبـائع، والبائع ينكره ويدعى عليـه وجوب رد العـبد

فـصل: إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعـواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص ويذكـر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فـيه، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عـليه فإن أقر لزمه، وإن أنكر وقال: إنمـا اتهبته أو ورثته فلا شفـعة لك فيه فالقول قـول من ينفيه، كما لو ادعى عليـه نصيبه من غير شـفعة فإن حلف برئ، وإن نكل قضى عليه، وإن قال: لا تستحق علىَّ شفعة فالقول قوله مع يمينه على حسب قوله فى الإنكار، وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن، فإن دفع إليه، وإن قال: لا أستحقه، ففيه ثلاثة أوجه: **أحـدها:** يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليه، كما لو أقر له بدار فأنكرها، **والثـانى:** أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ومـتى ادعاه دفع إليه، **والثـالث:** يقال له إما أن تقبضه وإمـا أن تبرئ منه، كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الـمكاتبة فادعى أنه حرام، اختار هذا القـاضى، وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به، فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه، وهذا لا يطلب الشفيع بشىء فلا ينبـغى أن يكلف إبراءً مما لا يدعيه، والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى.

والمشترى ينكره فيشترى الشقص منه ويتـبارآن، وإن أقر الشفيع والبائع وأنكر المشترى وجب على البائع رد العبد على صـاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالـبة المشترى بشىء، لأن البيع صحـيح فى الظاهر وقد أدى ثمنه الذى هو ملكه فى الظاهر، وإن أقر الشـفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شىء من أحكام البطلان فى حق المتبايعين، فأما إن اشترى الشقص بثمن فى الذمة ثم نقد الثمن فبـان مستحقًا كانت الشفعة واجبـة، لأن البيع صحيح، فإن تعذر قبض الثمن من المشـترى لإعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويـقدم حق الشفيع، لأن بالأخذ بها يحصل للمشترى ما يؤديه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى.

فـصل: وإذا وجبت الشفعة وقضى القـاضى بها والشقص فى يد البائع، ودفع الثمن إلى المشترى فقال البائـع للشفيع: أقلنى فأقاله لم تصح الإقالة، لأنها تصح بين المتـبايعين وليس بين الشفـيع والبائع بيع وإنما هو مشـترٍ من المشتـرى، فإن باعه إياه صح، لأن العقـار يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

29- **مـسـألة:** **(وإن أجره المشترى أخـذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه)** لأنه صـار ملكه بأخذه.

30- **مسألة:** **(وإن استغله المشترى فالغلة له)** لأنها نماء ملكه.

31- **مـســألة:** **(وإن أخذه الشـفيع وفيه زرع أو ثـمرة ظاهرة فهى للمـشترى مبـقاة إلى الحصاد والجذاذ).**

إذا زرع المشترى الأرض فللشفيع الأخذ بالشفـعة ويبقى زرع المشترى إلى الحصاد، لأن

فـصـل: وإن قال: **اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله، فإن صدَّقه كان الشراء له والشـفعـة عليه**، وإن قال: هذا ملكى ولم أشتره انتقلت الخـصومة إليه، وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخـذ منه بالشفعة، وإن كان المقر له غائبًـا أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم، لأننا لو وقـفنا الأمر فى الشفعة إلى حضور المقر له لكان فى ذلك إسقاط الشفعة، لأن كل مشـتر يدعى أنه لغائب، وإن قال اشتريته لابنى الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان:

أحدهما: لا تثبت الشفعة، لأن الملك ثبت للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الولى عليه، لأنه إيجاب حق فى مال صغير بإقرار وليه.

والثـانى: تثبت، لأنه يملك الشراء له فصح إقراره كما يصح إقراره بعيب فى مبيعه، فأما إن ادعى عليه شفعـة فى شقص فقال: هذا لفلان الغائب أو لفـلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها، لأن الملك يثبت لهمـا بإقراره به، فإقراره بالشـراء بعد ذلك إقرار فى ملك غيـره فلا يقبل، بخـلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقـرار المثبت للشفعة فثبتا جـميعًا، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه، لأنـه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة فى الكشف عنه، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

ضرره لا يتباقى ولا أجرة عليه، لأنه زرعه فى ملكه، ولأن الشـفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع، وإن كان فى الشجر ثمر ظاهر أثمر فى ملك المشترى فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزرع.

فـصل: وإذا نمى المبيع فى يد المشترى لم يخل من حالين: **أحدهـما**: أن يكون نماءً متصلاً كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة، فـإن الشفيع يأخذه بزيادته، لأنها زيادة غير متميزة فتبعت الأصل، كمـا لو رد بعيب أو خيار أو إقالة، **فإن قـيل**: فلم لا يرجع الزوج فى نصـفه زائدًا إذا طلق قـبل الدخول؟ **قلـنا**: لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيـمة إذا فاته الرجوع فى العين، وفى مسألتنا إذا لم يرجع فى الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المـتصل كما ذكرنا فى الفسوخ كلها، **الحـال الـثـانى**: أن تكون الزيادة منفصلة كـالغلة والأجرة والطلع المؤبر والثمـرة الظاهرة فهى للمشترى، لأنها حدثت فى ملكه وتكون مبقاة فى رءوس النخل إلى الجذاذ، لأن أخذ الشفيع من المشترى شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، وإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشـفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخـذ الأرض والنخيل بحصتهـما من الثمن، كما لو كان المبيع شقصًا.

32- **مـسألة:** (وإن قاسم المشترى وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة فى

فـصل: وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحـقه بالشفعة فصدقه فللشفـيع أخذه بالشفعة، لأن من فى يده الـعـين يصدق فى تصرفه فيما فى يديه، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان: **أحدهما**: ليس له أخذه لأن هذا إقرار على غيره.

ولنا: أنه أقر بما فى يده فقبل إقراره، كما لو أقر بأصل ملكه، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار الـبائع بالبيع، فإذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن فى البيع فالقول قوله مع يمينه، وينتزع الشقص ويطالب بأجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع، لأن المنافع تلفت تحت يده، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد، وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذى فى يدك فأنكر وقال: إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمنيه، فإن كان للمدعى بينة حكم بها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب، لأن القضاء هـهنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنًا، فإن لم تكن بينة وطالب الشفيع بيـمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه، لأنه لو أقر لقضى عليه، فـكذلك إذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضـاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشقص فى يده.

الثمن أو نحـوه وغرس أو بنى فللشـفيع أن يدفع إليـه قيمـة الغراس والبناء ويملكـه، أو يقلعه ويتضمن النقص، فإن اختـار الشفيع أخذه واختار المشترى قلـعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالقلع) .

وجــملة ذلك أنه يتصور بناء المشترى وغرسه فى الـشقص المشفوع على وجه مباح فى مسائل، **منهـا**: أن يظهر المشترى أنه اشتراه بأكثر من ثمنه، أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس فيه، **ومنهـا**: أن يكون غائبًا فـيقاسمه وكيله، أو صـغيرًا فيقـاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقـدم الغائب أو يبلغ الصبى فيأخذ بالشـفعة، وكذلك إن كان غائبًا أو صغـيرًا فطالب المشترى الحاكم بالقسـمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصبى فيـأخذ بالشفعة بعد غرس المشترى وبنائه، فـإن للمشترى قلع غرسه وبنائه إن اختار ذلك، لأنه ملكه، فإذا قلعه فليس عليـه تسوية الحفر ولا نقص الأرض، ذكره القاضى وهو قول الشافعى، لأنه غـرس وبنى فى ملكه، وما حدث من النقص إنما حدث فى ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخـرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط فى قلع الغرس والبناء عـدم الضرر، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره لإخراج ديناره منها، قولهم: إن النقص حصل فى ملكه ليس كذلك، فـإن النقص الحاصل بالقلع إنما حصل فى ملك الشفـيع، فأما

فــصــل: وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتـراه فقال: ليس له ملك فى شركتى فعلى الشفيع إقامة البينة أنه شريك، وبه قـال أبو حنيفة ومحمد والشافعى، وقال أبو يوسف: إذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك، لأن الظاهر من اليد الملك.

نقص الأرض الحاصل بالغـرس والبناء فلا يضمنه لـما ذكروه، فإن لم يخـتر المشـترى القلع فللشفـيع الخيـار بين ثلاثة أشياء: ترك الشـفعـة، وبين دفع قيمـة الغراس والبناء فـيملكه مع الأرض، وبين قلع الغراس والبناء ويضـمن له ما نقص بالقلع، وبهذا قال الـشعبى والأوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والليث والشافـعى والْبَتِّيُّ وسوار وإسحاق، وقال حـماد بن أبى سليمان والثورى وأصـحاب الرأى: يكلف المشـترى القلع ولا شيء له، لأنه بنى فيـما استـحق عليه أخذه فأشبه الغاصب، ولأنه بنى فى حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو كانت مستحقة.

ولنا قول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»(13) ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك، ولأنه

---

(13) هذا الحديث رواه عبادة بن الصامت، وابن عباس، وأبو سعيد الخدرى، وثعلبة بن أبى مالك القرظى، وأبو لبابة ﷺ.

أما حديـث عبادة فهو من طريق موسى بن عقبة ثنا إسحـاق بن يحيى بن الوليد عنه مرفوعًا، وأخرجه ابن ماجـه (٢/ ح٢٣٤٠) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٣٢٦، ٣٢٧) وفـيه انقطاع، إسـحاق بن يحـيى بن الوليد لم يلق عبادة.

وأما حـديث ابن عـباس فأخرجـه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٤١) وأحمـد فى مسنده (١/ ٣١٣) من طريق جابر الجعفى عن عكرمة عنه، وفيه زيادة، وإسناده ضـعيف لضعف جابر الجعفى، وأخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) من طريق داود بن الحصين عن عـكرمة عنه، قال الحافظ فى التقـريب: داود بن الحصين ثقة إلا فى عكرمة.

قلـت: وهذا الحديث عن عكرمة ولكن لا بأس به فى الشـواهد، ولكن له طريق آخر ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٤، ٣٨٥) عن سماك عن عـكرمة عنه، وسماك هذا شأنه شـأن داود بن الحصين فى روايته عن عكرمة، فقد قال الحافظ فى التقريب: صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة فيه مضطربة.

وأما حديث أبى سـعيد الخدرى فمن طريق عثمان بن محمد بن عـثمان بن ربيعة بن أبى عبد الرحمن الرأى ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عـمرو بن يحيى المازنى عن أبيه عنه، أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) والبيهقى (٦/ ٦٩) والحاكم (٢/ ٨٥٧) وعثمان بن مـحمد هذا تفرد به، وهو ضعيف كما قال الدارقطنى وأخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٥/ ٣٠) عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرفوعًا وهذا مرسل صحيح الإسناد.

وأما حديث أبى هريرة فهو من طريق أبى بكر بن عياش عن أبى عطاء عن أبيه عنه، أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) وقال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٥): مختلف فيه، يعنى: عياش. اهـ.

وابن عطاء هذا هو يعقوب بن عطاء بن أبى رباح فهو ضعيف كما قال الحافظ فى التقريب.

وأما حديث جابر فقد ذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه ابن إسحاق وهو ثقة ولكنه مدلس.

وأما حديث عائشة ﷺ أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٧) فهو من طريق الواقدى نا خارجة بن عبد الله =

ولنا: أن الملك لا يثبت بمجرد اليد، وإذا لم يثبت الملك الذى يستحق به الشفعة لم تثبت، ومجرد الظاهر لا يكفى كما لو ادعى ولد أمة فى يده، فإن ادعى أن المدعى يعلم أنه شريك فعلى المشترى اليمين أنه لا يعلم ذلك، لأنها يمين على نفى فعل الغير، فكان على العلم كاليمين على نفى دين الميت فإذا حلف سقطت دعواه، وإن نكل قضى عليه.

بنى فى ملكه الذى ملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعًا، وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى فى غير ملكه، وأنه عرق ظالم، وليس لعرق ظالم حق، إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقًا للبقاء فى الأرض، لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعًا، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعًا لوجب قلعه ولم يضمن شيئًا، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة، فالظاهر أن الأرض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشترى إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع، لأن ذلك هو الذى زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه، فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة، وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته، فله ذلك، لأنه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشترى سواء كثر النقص أو قل، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضى بتحمله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم فى أخذ نصيبه من ذلك كالحكم فى أخذ جميعه بعد المقاسمة.

33- مسألة: **(فإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته فى أحد الوجهين، وللمشترى الشفعة فيما باعه الشفيع فى أصح الوجهين).**

= ابن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبى الرجال عن عمرة عنها به، وفى إسناده الواقدى وهو متروك، وله طريق أخرى، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط، وسمر بن أحمد بن رشدين وهو ابن محمد بن الحجاج بن رشدين، وقال ابن عدى: كذبوه.

وأما حديث ثعلبة فرواه الطبرانى فى معجمه، قال: حدثنا محمد بن الصائغ المكى ثنا يعقوب بن حميد ابن كاسب ثنا إسحاق بن إبراهيم، مولى مزينة عن صفوان بن سليم عن ثعلبة بن مالك القرظى. . . فذكره، ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٥) وإسناده ضعيف، فيه إسحاق بن إبراهيم، قال الحافظ فى التقريب: «لين الحديث» وأما حديث أبى لبابة فيرويه واسع بن حبان عنه.

أخرجه أبو داود فى مراسيله (ص٢١٤/ ح٤٠٧) بلفظ: «لا ضر فى الإسلام ولا ضرار» والحديث فيه انقطاع بين واسع وأبى لبابة، وأيضًا فيه محمد بن إسحاق وهو مدلس وقد عنعنه، والحديث بهذه الطريق التى تزيد على عشر وهى وإن كانت ضعيفة مفرداتها فإن كثيرًا منها لم يشتد ضعفها، وإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها وارتقى إلى درجة الصحة ـ إن شاء الله تعالى ـ وقد حسنه النووى فى الأربعين النووية، فالحديث صحيح، والله أعلم.

فـصل: إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شـفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريكان وقال: بل ورثته من أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد: تثبت ويقال له: إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منهما، لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع.

ولنا: أنهمـا لم يشهدا بالبيع، وإقـرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقـبل، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل فى حقه ولا تقبل شهادته عليه، وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصـار بمنزلة ما لو حلف أنى ما اشتـريت الدار فقال من كانت الدار ملكًـا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه فى الحنث، ولا يلزم إذا أقر البائع بالبـيع والشقص فى يده فأنكر المشترى للشراء، لأن الذى فى يده الدار مقر بها للشفـيع ولا منازع له فيها سواه، وهـهنا من الدار فى يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شىء فى يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا.

فـصل: وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها؟ فإن قـالا: ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر، لأن الشفعة إنـما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعده، وإن قـال كل واحد منهما: ملكى سابق ولأحدهما بينة بمـا ادعاه قضى له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسـبقهما تاريخًا، وإن شهدت بينة كل واحـد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبـه تعارضتا، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمـنا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول قوله مع يـمينه، لأنه منكر، فـإن حلف سقطت دعـوى الأول، ثم تسمع دعوى الثـانى على الأول، فإن أنكر وحلف سـقطت دعواهما جمـيعًا، وإن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليـمين

وجـملة ذلك أن الشفيع إذا باع ملكه عالمًا بالحال سـقطت شفعته، لأنه لم يبق له ملك يستحق به، ولأن الشفعة تثبت لإزالة الضـرر الحاصل بالشركة، وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان: **أحدهـما:** تسقط أيضًا، لأنها استحقت بجميعه، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فـسقط باقيها، لأنها لا تتبعض فيـسقط جميعها بسقـوط بعضها كالرق والنكاح، وكما لو عفا عن بعضها، **والثـانى:** لا تسقط، لأنه قد بقى من نصيبه ما يستحق به الشفعة فى جمـيع المبيع لو انفرد، فكذلك إذا بقى، وللمشترى الأول الشـفعة على الثانى فى المسألة الأولى، وفى الثانيـة إذا قلنا بسقوط شفعة البـائع الأول، لأنه شريك فى المبيع، وإن قلنا: لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المـشترى الأول، وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثـانى؟ فيه وجهان: **أحدهـما:** له الشفعـة، لأنه شريك، فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات، ويستحق نماءه وفوائده، واستحقاق الشفعة به من فوائده **والثانى:** لا شفعة له، لأن ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به، ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستـحق الشفعة به لضـعفه، قال شـيخنا: والأول أقيس فـإن استحقـاق أخذه منه لا يمنع أن

قضينا عليه ولم تسمع دعواه، لأن خصمه قد استحق ملكه، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه.

فصل: إذا اختلف المتبايعان فى الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشترى: هو ألف فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان، أخذهما من المشترى وللشفيع أخذه بالألف، لأن المشترى مقر له باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما، لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم.

ولنا: أن المشترى مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به، وإنما حكم بها للبائع، لأنه لا يكذبها، فإن قال المشترى: صدقت البينة وكنت أنا كاذبًا أو ناسيًا ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يقبل رجوعه، لأنه رجوع عن إقرار تعين به حق آدمى غيره فأشبه ما لو أقر له بدين، **والثانى:** يقبل قوله، وقال القاضى: هو قياس المذهب عندى، كما لو أخبر فى المرابحة بثمن ثم قال: غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه، بل هاهنا أولى، لأنه قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشترى لم يكن له ذلك، لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشترى يمنع ذلك، فإن رضى المشترى يأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه المشترى، لأن حق البائع من الفسخ قد زال، فإن عاد المشترى فصدق البائع، وقال: الثمن ألفان وكنت غالطًا، فهل للشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه؟ ففيه وجهان، كما لو قامت به بينة.

يستحق به الشفعة، كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولى، فعلى هذا للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى سواء أخذ منه بالمبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثانى إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشترى الأول فى أحد الوجهين، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول، فقال القاضى: تسقط شفعته أيضًا لما ذكرناه، وهو مذهب الشافعى، ولأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعة وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه، فصار كمن اشترى معيبًا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب: لا تسقط شفعته، لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضًى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها، والأصل بقاؤها، بخلاف ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثانى أخذ الشقص من المشترى الأول، فإن عفا عنه فللمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى، وإن أخذ منه فهل للمشترى الأول الأخذ من الثانى؟ على وجهين: **أولاهما:** أن له الأخذ، لأن ملكه كان ثابتًا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك.

فــصل: وإن اشترى شقصًا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا وهو توفر الشفعة عليه، فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل، لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته، لعدم التهمة ويحلف المشترى مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معًا فحلفا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف، فإن صدق شريكه فى الشفعة فى أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما، لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وإن شهد أجنبى بعفو أحد الشفيعين واحتيج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة، وإن كان بعده حلف المشترى وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت، وإن شهدا قبله ردت، وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافى وقبلت شهادة العافى، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان: **أحدهما:** تقبل، لأنهما سواء عنده، **والثانى:** لا تقبل، لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن، لأن المشترى يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشترى الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة

34- مسألة: (وإن مات بطلت شفعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه).

وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بالشفعة، فإن كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل إلى الورثة، قال أحمد: الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضًا، إنما هى بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهد أنى على حقى من كذا وكذا وأنى قد طلبته، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به، روى سقوط الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى، وبه قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال مالك والشافعى والعنبرى: يورث، قال أبو الخطاب: ويتخرج لنا مثل ذلك، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب.

ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع فى الهبة، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع.

فصل: فإن مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة إلى الورثة قولاً واحدًا، ذكره أبو الخطاب، وقد ذكرنا نص أحمد عليه، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط

لم تقبل، لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهـادته له كمدبره، ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد، لأنه إن عجز صار له، وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته، لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده.

٨٨٠- **مسألة:** قال: **(وإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفهـا وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)**.

الصـحيح فى المـذهب أن الشقص المـشفـوع إذا أخذه الشـفعـاء قسم بينهم علـى قدر أملاكهم، اختاره أبو بكر، وروى ذلك عن الحسـن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والعنبرى وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قـولى الشافعى، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسـهم اختارها ابن عقـيل، وروى ذلك عن النخعى والشعـبى، وبه قال بان أبى ليلى وابن شبرمـة والثورى وأصحاب الرأى، لأن كل واحد منهم لو انفرد لاسـتحق الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين فى الميراث وكالمعتقين فى سراية العتق.

ولنا: أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة، ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد، وبالجـد مع الإخوة وبالفـرسان مع الرَّجّالة فى الغنـيمة، وبأصـحاب الديون والوصايا إذا نقص مـاله عن دين أحدهما أو الثلث عن وصـية أحدهم، وفارق الأعـيان، لأنه إتلاف، والإتلاف يستوى فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى فى مائع، وأما البنون فإنهم تساووا فى التسبب وهو البنوة فتساووا فى الإرث بها فنظيره فى مـسألتنا تساوى الشفعاء فى سهامهم، فعلى هذا ننظر مـخرج سهام الـشركاء كلهم فنأخذ منهـا سهام الشـفعاء، فإذا علمت عـدتها

بتأخير الحق بعده، وقبله يسقط، وقال القـاضى: يصير الشقص ملكًا للشفيع بنفس المطالبة، والأول أصح، فإنه لو صار ملكًا للشفيع لم يصح العفو عن الشـفعة بعد طلبها، كما لا يصح العفو عنها بعـد الأخذ بها، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جـميع الورثة على قدر إرثهم، لأنه حق مالى موروث فـينتقل إلى الجميع كسائـر الحقوق المالية، وسواء قلنا: الشـفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرءوس، لأن هذا ينتـقل إليهم من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقـه توفر الحق على باقى الورثة ولم يكن لهمْ إلا أن يأخذوا الكل أو يتـركوا، كالشفـعاء إذا عفا بعضهم عن شفـعته، لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبـيع وتبعضت الصفقة على المشترى، وهذا ضرر فى حقه.

فصل: وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل، وللورثة المطالبة بها، نص عليه أحـمد، لأن الإشهـاد على الطلب عند العجز عنه يقـوم مقامـه فلم تسقط الشفـعة بالموت بعده كنفس الطلب.

فـصل: وإذا بيع شقص له شفيعان فعفـا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فـورثه العـافى فله أخذ الشـقص بهـا، لأنه وارث لشفـيع مطالب بالشفـعة فملك الأخـذ بها

قسمت السَّهْمُ المشفوع عليها ويصير العـقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل فى مسائل الرد سواء، ففـى هذه المسألة التى ذكر الخـرقى مخرج سهـام الشركاء ستة فـإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة: لصاحب الثلث سهـمان وللآخر سهم، فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثًا لصاحب الثلث ثـلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعًا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسًا لصاحب النصف ثلاثة أخمـاسه وللآخر خمساه، وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشـفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فـإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه، لكل واحـد الربع، فيصير لصـاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحـب الثلث صار لصـاحب النصف الثلثان وللآخـر الثلث، وإن باع صاحـب السدس فلصاحب «الثلث نصف»[٢٩] وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس، والله أعلم.

فـصل: ولو ورث أخوان دارًا أو اشترياها بينهما نصفـين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخـيه وعمه، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى والشافعى فى الجديد، وقال فى القديم: إن أخاه أحق بالشفعة، وبه قال مالك، لأن أخاه أخص بشركته من العم لاشتراكهما فى سبب الملك.

ولنا: أنهما شريكان حـال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كـما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته، وهذا يوجد فى حق الكل، وما ذكروه لا أصل لـه، ولم يثبت اعتبار الشـرع له فى موضع، والاعتبـار بالشركة لا

كالأجنبى، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهى ميتة فعفا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافى ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت، إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها.

فـصل: ولو مات مفلس وله شـقص فباع شريكه كان لورثته الشـفعة ، وهذا مـــذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم، لأن الحق انتقل إلى الغرماء.

ولنا: أنه بيع فى شـركة مـا خلفه مـوروثهم شقص فكان لهم المطالبـة بشفـعتـه كغـير المفلس، ولا نسلـم أن التركة انتـقلت إلى الغرماء، بل هى للورثة بدلـيل أنها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة، كما لو كان لرجل شقص مـرهون فباع شريكه، فإنه يستحق الشفـعة به، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها فى قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة، لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكًا للموروث فباع نصيب الموروث فى دينه فلا شفعة أيضًا، لأن نصيب المـوروث انتقل بموته إلى الوارث، فـإذا بيع فقد بيع ملكه فـلا يستحق الشفـعة على نفسه.

(٢٩) فى النسخة: «النصف ثلث».

بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابناه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشترين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضًا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابنى أخيه، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثه لا اثنين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا فى هذه المسائل اختلاف يطول ذكره.

فصل: وإن كان المشترى شريكًا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وحكى عن الحسن والشعبى والبتى لا شفعة للآخر، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشترى فيها، لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه.

ولنا: أنهما تساويا فى الشركة فتساويا فى الشفعة، كما لو اشترى أجنبى، بل المشترى أولى، لأنه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح، لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشترى، وقد حصل شراؤه، والثانى لا يصح أيضًا، لأننا نقول: إنه يأخذ من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق

فصل: ولو اشترى شقصًا مشفوعًا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق من حق الموصى له، فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية، لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية به، كما لو تلف، ولا يستحق الموصى له بدله، لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل لإنسان بشقص ثم مات فبيع فى شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة فى الصحيح، لأن الموصى به لا يصير للموصى له إلاَّ بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيًا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا: إنَّ الملك ينقل إليه بمجرد الموت، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة، لأننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع فى شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول، لأنَّا لا نعلم أن الملك له قبل القبول، وإنما يتبين ذلك بقبوله، فإن قبل تبينا أنه كان له، وإن رد تبينا أنه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة أيضًا لذلك، ويحتمل أن لهم المطالبة، لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ويفارق الموصى له من وجهين: **أحدهما:** أن الأصل عدم القبول منه، **والثانى:** أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له

حق المرتهن به، ولو لم يكن رهنًا ما تعلق به، إذا ثبت هذا: فإن للشريك المشترى أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال له المشترى: قد أسقطت شفعتى فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتـرى، لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجـرى الشفيعين إذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حـضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعـة ثم حضر الآخر فله أخـذ النصف من ذلك، فإن قال الأول خذ الـكل أو دع فإنى قد أسقطت شفعتى لم يكن له ذلك، **فإن قـيل**: هذا تبعيض للصفقة على المشترى، **قلـنا**: هذا التبعيض اقتضاه دخوله فى العقد فـصار كالرضى منه به، كما قلنا فى الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص، وكما لو اشترى شقصًا وسيفًا.

٨٨١- **مـسـألة:** قـال: **(فإن ترك أحدهمـا شفعته لم يكـن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك).**

وجـملتـه أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعـضهم فليس للباقين ألا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض، وقال ابن المنذر (*): أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وهذا قول مـالك والشافعي وأصـحاب الرأى، ولأن فى أخذ البـعض إضرارًا بالمشترى بتبعيض الصفقة عليـه، والضرر لا يزال بالضرر، لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعًا لضـرر الشريك الداخل خوفًا من سوء المـشاركة ومؤنة القسمـة، فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يحـقق المعنى المجوز لمخالفـة الأصل فلا تثبت، ولو كان الشفيع واحدًا لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك، فإن فعل سقطت شفعته، لأنها لا تتبعض، فإذا سقط بعضها سقط جميعها كـالقصاص، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض

أو لغيره فإذا طالبوا ثم قبل الوصى الوصية كانت الشفعة له ويفتقر إلى الطلب منه، لأن الطلب الأول يتبين أنه من غير المستـحق، وإن قلنا بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الأخذ بها، وإذا قبل الوصى أخذ الشقص الموصى به دون الشـقص المشفوع، لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخـذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بهـا الموصى فى حياته، وإن لم يطالبوا بالشفـعة حتى قـبل الموصى له فلا شـفعة له، لأن البـيع وقع قبل ثبوت الملك له وحـصول شركته، وفى ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه.

فـصـل: ولو اشترى رجل شقصًا ثم ارتد فقتل أو مـات فللشفيع أخذه بالشفعة لأنهـا وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة، كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال.

فـصـل: وإذا اشترى المرتد شقصًا فتصرفه موقوف فإن قتل على ردته أو مات عليها تبينا أن شراءه باطل ولا شـفعة فيـه، وإن أسلم تبينا صحـته وثبوت الشـفعة فيـه، وقال أبو بكر:

(*) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (٥١٣/١٠٨).

شركائه أو غيـره لم يصح، لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليـه كالعفو عن القصاص.

فصل: فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر، فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الكل أو يترك، لأنَّا لا نعلم اليوم مطالبًا سواه، ولأن فـى أخذه البعض تبعيضًا لصفقة المشترى فلم يجز ذلك، كما لو لم يكن معه غيره، ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه، لأن فى التأخير إضرارًا بالمشترى، فـإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فيبقى للأول، لأن المطالبـة إنما وجدت منهما، فإن قاسمه ثم حضر الثـالث قاسمهما إن أحب أو عفا فيبقى للأولين، فإن نمى الشقص فى يد الأول نمـاء منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منهما، لأنه انفصل فى ملكه فأشبه ما لو انفصل فى يد المشترى قبل الأخذ بالشفعة، وكذلك إذا أخذ الثانى فنمـا فى يده نماءً منفصلاً لم يشاركه الثـالث فيه، وإن خرج الشقص مسـتحقًا فالعهدة على المـشترى يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخـر، فإن الأخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشترى فى الدفع إليـهما والنائب عنهما فى دفع الثمن إليه، لأن الشفـعة مستـحقة عليه لهم، وهذا ظاهر مـذهب الشافعى، وإن امـتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال: آخذ قدر حقى ففيه وجهان: **أحدهما**: يبطل حقه، لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد، **والثانى**: لا يبطل، لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعـذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشترى ثمنـًا كثيرًا فترك لذلك ثم بان بخلافه، فإن ترك الأول شفعته توفرت الشفـعة على صاحبيه، فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا فى الأول، فإن أخذ الأول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك، وبهذا قال الشافعى وحكى عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الأول، لأنه لم يعف، وإنما رد نصيبه لأجل العيب فأشبه ما لو رجع إلى المشترى ببيع أو هبة.

ولنا: أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتـرى بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه، كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر، لأنه عاد غير الملك الأول الذى تعلقت به الشفعة.

تصرفه غـير صحيح فى الحالين، لأن ملكه يزول بـردته، فإذا أسلم عاد إليه تمليكًا مسـتأنفًا، وقال الشافعى وأبو يوسف: تصرفه صحيح فى الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر فى غير هذا الموضع، وإن بيع شقص فى شركة المرتد وكان المشتـرى كافرًا فأخـذه بالشفعة انبنى على ذلك أيضـًا، لأن أخذه بالشفعة شـراء للشقص من المشترى فأشبه شراءه لغيره، فإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيـضًا إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه، وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كـما لو مات على إسلامه، ولو كات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثًا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب وإلا فلا.

فصل: وإذا حضر الثانى بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة، لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك فى حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشترى ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع، **فإن قيل:** فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ **قلنا:** يحتمل أن يكون وكل فى القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقى الغائب على شفعته، **فإن قيل:** فكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ **قلنا:** ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا هٰهنا، إذا ثبت هذا: فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبًا أخذ من الحاضر ثلث ما فى يده، لأنه قدر ما يستحقه ثم إن قضى له القاضى على الغائب أخذ ثلث ما فى يده أيضًا، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم، لأنه موضع عذر.

فصل: إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثانى فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك، لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشترى فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده فيضيفه إلى ما فى يد الأول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهمًا لأن الثالث أخذ حقه من الثانى ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلثين وهى ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة(*) نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين فى تسعة تكن ثمانية عشر للثانى أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة، وإنما كان كذلك، لأن الثانى ترك سدسًا كان له أخذه وحقه

فصل: قال رحمه الله: **(ويأخذ الشفيع بالثمن الذى وقع عليه العقد فإن عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته)**.

وجملة ذلك أن الشفيع يأخذ الشقص من المشترى بالثمن الذى استقر عليه العقد لما روى فى حديث جابر أن النبى ﷺ قال: «هو أحق به بالثمن»(14) رواه الجوزجانى فى كتابه، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقًا له بالثمن كالمشترى، **فإن قيل:** إن الشفيع استحق أخذه بغير رضا مالكه فينبغى أن يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره، **قلنا:** المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع فى بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع، ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع، إذا ثبت هذا فإننا ننظر فى الثمن، فإن كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله.

(*) وفى النسخة: «التسعة».

(14) أخرجه البخارى (٤/ ١٢١٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٩/ ح١٣٣) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ١٣٧٠) والنسائى (١٠/ ٤٧١٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللأول والثالث أن يقولا نحن سواء فى الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئًا من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا، وإن قال الثاني: آخذ الربع فله ذلك فى التى قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما فى يده فضمه إلى ثلاثة الأرباع وهى تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثانى سهمان وتصح من اثنى عشر.

فـــصل: إذا اشترى رجل من رجلين شقصًا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر، وبهذا قال الشافعى، وحكى عن القاضى أنه لا يـملك ذلك، وهو قول أبى حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشترى.

ولنا: أن عقد الاثنين مع واحد عـقدان، لأنه مشتر من كل واحد منهمـا ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين، وبه قـال مالك والشافعى وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه، وقال فى الأخرى: يجـوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله، لأنه قبل القـبض تتبعض صفقة البائع.

ولنا: أنهما مشـتريان فجاز للشفيع أخــذ نصيب أحدهما كما بعـد القبض، وما ذكروه لا نسلمه على أن المـشترى الآخر يأخذ نـصيبه فلا يكون تبـعيضًا، فـإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منهما.

فـصل: ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن، لأن فى أخذه بدون دفع الثمن إضرارًا بالمشتـرى ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضـر رهنًا أو ضمينًا لم يلزم المشتـرى قبوله، لأن عليه ضررًا فى تأخيـر الثمن فلم يلزم المشترى ذلك، كمـا لو أراد تأخير ثمن حال، وإن بذل عوضًا عن الثمـن لم يلزمه قبوله، لأنها معاوضـة لم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشـفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن، فإن كان موجودًا سلمه وإن تعذر فى الحال، فقال أحمد فى رواية حرب: ينظر الشـفيع يومًا أو يومين بقدر ما يرى الحاكم، فـإذا كان أكثر فلا، هذا قول مالك، وقال ابن شـبرمة وأصحاب الشافعى: ينظر ثلاثًا، لأنهـا آخر حد القلة، فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه، وقال أبو حنيفة وأصـحابه: لا يأخذ بالشفعة ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثـمن، لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المـشترى فلا يستحق ذلك إلا بإحضار عوضه كتسليم المبيع.

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على إحضار العوض كالبيع، وأما التسليم فى البيع فالتـسليم فى الشفعة مـثله، وكون الأخذ بغيـر اختيـار المشترى يدل على قـوته فلا يمنع من اعتباره فـى الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحـضر الثمن فيها وإلا فـسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشترى، وكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ، قال شيخنا: والأولى أن للمشترى الفسخ من غير

فـصل: **فإذا باع شقصًا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة، وله أن يأخذ من أحدهم، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث**، لأن عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما فى العقد الآخر كما لو كانت متفرقة، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته فى الشفعة، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق، فأما إن باع نصيبه لثلاثة فى ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضًا أن يأخذ الثلاثة، وله أن يأخذ ما شاء منها، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته فى شفعته، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه، وإن أخذ نصيب الثانى وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك، ويشاركه الأول فى شفعته، لأن ملكه سابق لشراء الثانى فهو شريك حال شرائه، ويحتمل أن لا يشاركه، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببًا فى استحقاقها، وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففى مشاركتهما له وجهان، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان: **أحدهما:** أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة، **والثانى:** يشاركه الثانى فى شفعة الثالث، وهذا قول أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى، لأنه كان مالكًا ملكًا صحيحًا حال شراء الثالث، ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفعته، فكذلك إذا لم يعف، لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذى صار به شريكًا لا بالعفو عنه، ولذلك قلنا فى الشفيع: إذا لم يعلم حتى باع نصيبه فلم أخذ نصيب المشترى الأول، وللمشترى أخذ نصيب المشترى الثانى، وعلى هذا يشاركه الأول

حاكم، لأنه فات شرط الأخذ، ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع، والشفعة لا تقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب، ولأن وقف ذلك على الحاكم يفضى إلى الضرر بالمشترى، لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه، وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضى إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلاَّ بعد إحضار الثمن لئلا يفضى إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشترى.

35- مسألة: (وما يزاد فى ثمن أو يحط منه فى مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به).

وقد ذكرنا أن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذى استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه فى زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير فى حق الشفيع، لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد، وإنما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه، ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد، والتغيير يلحق بالعقد فيه، لأنهما على اختيارهما فيه، كما لو كانا فى حال

فى شفعة الثانى والثالث جميعًا، فعلى هذا إذا كـانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة فى ثلاثة عـقود فى كل عقد سـدسًا، فللشفيع السـدس الأول وثلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثالث، وللمشترى الأول ربع السدس الثانى وخمس الثالث، وللمشترى الثانى خمس الثالث، فتصح المـسألة من مائة وعشرين سهـمًا، للشفيع الأول مائة وسبـعة أسهم، وللثانى تسعة، وللثالث أربعة، وإن قلنا: إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشترى الأول نصف السدس الثانى وثلث الثالث، وللثانى ثلث الثالث، وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين، للشفيع تسعة وعشرون، وللثانى خمسة، وللثالث سهمان.

فـــصل: دار بين أربعة أرباعًـا، باع ثلاثة منهم فى عقود مـتفرقـة ولم يعلم شريكهم ولا بعضـهم ببعض، فللذى لم يبع الشفعة فى الجميع، وهل يستحق البائع الثانى والثالث الشفعة فيمـا باعه البائع الأول والثانى؟ على وجهـين، وكذلك هل يستحق الثـالث الشفعة فيـما باعه الأول والثانى؟ عـلى وجهين، وهل يسـتحق مـشتـرى الربع الأول الشفعـة فيـما باعـه الثانى والثالث؟ أو هل يستحق الثانى شـفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه: **أحـدها**: يستحقـان، لأنهما مالكان حال البيع، **والثانى**: لا حق لهما، لأن ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به، **والثـالث**: إن عفا عنهما أخذا وإلا فلا، فإذا قلنا: يشترك الجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع، لأن له شريكين فصار له الربع مضمـومًا إلى ملكه فكمل له النصف، وللبائع والمشترى الأول الثلث لكل واحد منهما السدس، لأنه شريك فى شفعة بيع واحد وتصح من اثنى عشر.

العقد، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد، لأن الزيادة بعده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك فى حق الشفيع، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يثبت النقص فى حق الشفيع دون الزيادة، وإن كانا عنده ملحقان بالعقد، لأن الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكاها بخلاف النقص، وقال مالك: إن بقى ما يكون ثمنًا أخذ به، وإن حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول.

ولنا أن ذلك يعتبـر بعد استقرار العـقد فلم يثبت فى حق الشفيع كـالزيادة، ولأن الشفيع استحق الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التـغيير بعد ذلك فيه كالزيادة، وما ذكروه من العذر لا يصح، لأن ذلك لو لحق العـقد لزم الشفـيع، وإن أضر به كالزيادة فى مدة الخـيار، ولأنه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الأكثر عند مالك.

36- مـسألة: (وإن كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالأجل، إن كان مليـئًا وإلاً أقام كفيلاً مليئًا وأخذه به).

وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحـاق، وقال الثورى: لا يأخذها إلا بالنقد حالاً، وقال أبو حنيفـة: لا يأخذ إلا بثمن حـال أو ينتظر مضى الأجل ثم يأخـذ، وعن الشافعى كـمذهبنا ومذهب أبى حنيفة، لأنه لا يمكنه أخذه بالمؤجل، لأنه يفضى إلى أن يلزم المشترى قبول ذمة

فــصـل: وإن باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيمـته فى صفقة أخرى ثم علم الشفـيع فله أخذ المـبيع الأول والثانى، ولـه أخذ أحدهمـا دون الثانى، لأن لكل عـقد حكم نفسه، فإن أخذ الأول لم يشـاركه فى شفعته أحد، وإن أخذ الثانى فهل يشـاركه المشترى فى شفعته بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه: **أحـدها**: يشاركه فيها، وهو مذهب أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى، لأنه شريك وقت البيع الثانى يملكه الذى اشتراه أولاً، **والثانى**: لا يشاركه، لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه، **والثالث**: إن عفا الشفيع عن الأول شاركه فى الثانى، وإن أخذ بهـما جميعًا لم يشاركه، وهذا مذهـب الشافعى، لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه فشـارك به، بخلاف ما إذا أخذ، فإن قلنا: يشارك فى الشفعة فـفى قدر ما يستحق وجهـان: **أحدهـما**: ثلثـه، **والثـانى**: نصفه، بناء على الروايتين فى قسـمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرءوس، فـإذا قلنا: يشاركه فعـفا له عن الأول صار له ثلث العـقار فى أحد الوجهين وفى الآخر ثلاثة أثمانه وباقـيه لشريكه، وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه فى أحد الوجهين، وفى الآخر ثمنه والباقى لشريكه، وإن باعه الشريك الشقص فى ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه ثلاثة أنفس على ما شـرحناه ويستحق ما يستحقون، وللشفيع هـهنا مثل ما له مع الثلاثة، والله أعلم.

فــصـل: وإذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شـريكه فى بيع نصيبه مع نصيبه فـباعها لرجل واحد فلشريكهما الشـفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبيـن دون الآخر؟ فيه وجهان:

الشفيع والذمم لا تتماثل، وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخـذ بمثله حالاً لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشـترى ولا بسلعـة بمثل الثمن إلى الأجل، لأنه إنمـا يأخذه بمـثل الثمن أو القيـمة، والسلعة ليست واحدًا منهما فلم يبق إلا التخيير.

ولنا: أن الشفـيع تابع للمشـترى فى قدر الثـمن وصفتـه والتأجيل من صـفاته، ولأن فى الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فإنا لا نوجبها حتى توجد الملاءة فى الشفيع أو فى الضامن بحـيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيـمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفـيع بالأجل فمات الشـفيع أو المشـترى وقلنا يحل الدين بالموت حـل الدين على الميت منهما دون صاحبه، لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد فى حقه.

37- مـسألة: (**وإن كان الثمن عرضًا أعطاه مثله إن كان ذا مثل، وإلاَّ أعطاه قيمته**).

أما إذا كان من المثليات كالحبوب والأدهان فهو كالأثمان قياسًا عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصـحابنا وهو قول أصـحاب الرأى وأصحـاب الشافعـى، لأن هذا مثل من طريق الصورة والقـيمة فكان أولـى من المماثل فى إحـداهما، ولأن الواجب بذل الثمـن فكان مثله كبدل العرض والمتلف، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص

أحدهما: له ذلك، لأن المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد، **والثاني**: ليس له ذلك، لأن الصفقة واحدة، وفى أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشترى فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد، وإن وكَّل رجل رجلاً فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما، لأنهما مشتريان فأشبه ما لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها أن أخذ أحد النصيبين لا يفضى إلى تبعيض صفقة المشترى، ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التى قبلها فإن المشترى واحد.

٨٨٢- **مسألة**: قال: (**وعهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع**).

يعنى: أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقًا فرجوعه بالثمن على المشترى ويرجع المشترى على البائع، وإن وجده معيبًا فله رده على المشترى أو أخذ أرشه منه، والمشترى يرد على البائع، أو يأخذ الأرش منه، سواء قبض الشقص من المشترى أو من البائع، وبهذا قال الشافعى، وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى: عهدة الشفيع على البائع، لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى، وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشترى فالعهدة عليه، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه، لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى فكان الشفيع آخذًا من البائع مالكًا من جهته فكانت عهدته عليه.

بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأى والشافعى، وحكى عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا، لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن.

ولنا: أنه أحد نوعى الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة فى المبيع كالمثلى، وما ذكروه لا يصح، لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف.

فصل: وإن كان الثمن تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع، لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص فى القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد، لأن حين استحقاق الشفعة، وبه قال الشافعى، وحكى عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح، لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل فى ملك البائع فلا يكون للمشترى وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص حق المشترى.

38- **مسألة**: (**وإن اختلفا فى قدر الثمن فالقول قول المشترى إلاَّ أن تكون للشفيع بينة**).

إذا اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فقال المشترى: اشتريته بمائة، فقال الشفيع: بل

ولنا: أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشترى ثم يزول الملك من المشترى إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع، ولأنه ملكه من جهة المشترى بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشترى فى البيع الأول، وقياسه على المشترى فى جعل عهدته على البائع لا يصح، لأن المشترى ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشترى فى التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعة، لأنها استحقت به.

فصل: وحكم الشفيع فى الرد بالعيب حكم المشترى من المشترى، وإن علم المشترى بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشترى أو أخذ أرشه منه وليس للمشترى شىء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش، لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد، فإذا أخذ الأرش فما أخذه بالثمن الذى استقر على المشترى، وإن علم الشفيع دون المشترى فليس لواحد منهما رد ولا أرش، لأن الشفيع أخذه عالمًا بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشترى إذا علم العيب، والمشترى قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرش، لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الأرش، لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع، كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لأنه الشقص يجب عليه بالثمن الذى استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه، وإن علما جميعًا فليس

بخمسين، فالقول قول المشترى، لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن، ولأن الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بغير بينة، وبهذا قال الشافعى، **فإن قيل:** فهلا قلتم القول قول الشفيع، لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا أعتق؟ **قلنا:** الشفيع ليس بغارم، لأنه لا شىء عليه، وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق، فأما إن كان للشفيع بينة حكم له بها وكذلك إن كان للمشترى بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع، لأنه إذا شهد لشفيع كان متهمًا، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفًا من الدرك عليه، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما، لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لأنها خارجة، ويقتضيه قول الخرقى، لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل، والشفيع خارج، وهو قول أبى حنيفة، وقال صاحباه: تقدم بينة المشترى، لأنها ترجح بقول المشترى فإنه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل، لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده، وفى مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع.

لواحد منهما رد ولا أرش، لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة، وإن لم يعلما فللشفيع رده على المشترى وللمشترى رده على البائع، فإن لم يرده الشفيع فلا يرد المشترى لما ذكرنا أولاً، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى فللمشترى أخذه من البائع، وإن لم يأخذ منه شيئًا فلا شيء للمشترى، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذى ذكرناه، فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى سقط عنه من الثمن بقدره، لأنه الثمن الذى استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه، وإن أسقطه عن المشترى توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره، فأما إن اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء، وفى رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية إن علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشترى، لأنه دخل على شرائه فصار كمشترٍ ثانٍ اشترط البراءة، وإن لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشترى دون الشفيع.

ولنا: أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج، ويحتمل أن يقرع بينهما، لأنهما يتنازعان فى العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينًا فى يد غيرهما.

فصل: فإن قال المشترى: لا أعلم قدر الثمن فالقول قوله، لأن ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراه جزافًا أو بثمن نسى قدره ويحلف، فإذا حلف سقطت الشفعة، لأنها لا تستحق بغير بدل، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على إسقاط الشفعة حلف على نفى ذلك.

فصل: فإن اشترى شقصًا بعرض واختلفا فى قيمته فإن كان موجودًا عرضناه على المقومين، وإن تعذر إحضاره فالقول قول المشترى، كما لو اختلفا فى قدره، فإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادعى جهل ثمنه، وإن اختلفا فى الغراس والبناء فى الشقص فقال المشترى: أنا أحدثته فأنكر فالقول قول المشترى، لأنه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك.

39- مسألة: (وإن قال المشترى: اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف، فإن قال المشترى: غلطت، فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين).

وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشترى، لأن المشترى مقر له باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع بهما، لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به.

ولنا أن المشترى يقر بأن هذه البينة كاذبة، وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به، وإنما حكم بها للبائع، لأنه لا يكذبها، فإن قال المشترى: صدقت البينة وكنت أنا كاذبًا أو ناسيًا، ففيه

٨٨٣- **مسألة:** قال: (**والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها**).

وجملة ذلك: أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين:

أحـدهمـا: أن يموت قبل الطلب بها فتسـقط ولا تنتقل إلى الورثة، وقال أحمد: الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة، هذه الثلاثة الأشياء إنما هى بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يُشْهِدَ أنى على حقى مـن كذا وكذا وأنى قـد طلبته، فـإن مات بعده كـان لوارثه الطلب به، وروى سقـوطه بالمـوت عن الحسن وابن سـيرين والشـعبى والنخـعى، وبه قـال الثورى وإسـحاق وأصحاب الرأى، وقال مالك والشافعى والعنبرى: يورث، قال أبو الخطاب: ويتخرج لنا مثل ذلك، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب.

ولنا: أنه حق فسخ ثبت لا لـفوات جزء فلم يورث كالرجـوع فى الهبة، ولأنه نوع خـيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع.

الحال الـثانى: إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشـفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحدًا، ذكره أبو الخطاب، وقـد ذكرنا نص أحمـد عليه، لأن الحق يتقـرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعـده وقبله يسقط، وقال القاضى: يصير الشقـص ملكًا للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصـحيح غير هذا، فـإنه لو صار ملكًا للشفيـع لم يصح العفو عن الشفـعة بعد طلبهـا، كما لا يصح العـفو عنها بعـد الأخذ بها، فـإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جـميع

وجهان: **أحدهما:** لا يقبل رجوعه، لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمى غيره فأشبه ما لو أقر له بدين **والثـانى:** يقبل قوله، وقال القاضى: هو قياس المذهب عندى، كما لو أخبر فى المرابحـة بثمن ثم قال: غلطت والثـمن أكثر، قـبل قوله مع يمينـه، بل ههنا أولى، لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحـاكم بخلاف قوله فقبل رجـوعه عن الكذب، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشـفيع أخذه بما حلف عليه البائع، فإن أراد أخذه بمـا حلف عليه المشترى لم يكن له ذلك، لأن للبائع فسخ البـيع، وأخذه بما قال المشـترى يمنع ذلك، ولأنه يفضى إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشترى ولا يملك ذلك، فإن رضى المشترى بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه المشترى، لأن حق البائع من الفسخ قد زال، فإن عاد المشـترى فصدق البائع وقال: الـثمن ألفان وكنت غالطًا، فهل للشفـيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه؟ فيه وجهان، كما لو قامت به بينة.

فصل: ولو اشترى شقصًا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شـفعته لم تقبل شهادته، لأنه يجر إلى نفسـه نفعًا، وهو توفر الشفعة عليه، فإذا ردت شهادته ثم عفـا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل، لأنها ردت للتهمة فلم تـقبل بعد زوالها كشهادة الفـاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم

الورثة على حسب مواريثهم، لأنه حق مالى موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرءوس، لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته، لأنَّا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشترى وهذا ضرر فى حقه.

فصل: وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها، نص عليه أحمد، لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب.

فصل: وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا أحدهما وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافى فله أخذ الشقص بها، لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبى، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهى ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافى ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها.

فصل: ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة، وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم، لأن الحق انتقل إلى الغرماء.

ولنا: أنه بيع فى شركة ما خلفه موروثهم من شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هى للورثة بدليل أنها لو نمت أو زاد

يشهد حتى عفا قبلت شهادته، لعدم التهمة، ويحلف المشترى مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معًا فحلفا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا فى الحالف فإن صدق شريكه فى الشفعة فى أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما، لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعة كلها، وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، فإن شهد أجنبى بعفو أحد الشفيعين واحتيج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة، وإن كان بعده حلف المشترى وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت، وإن شهدا قبله ردت، وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافى وقبلت شهادة العافى، وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله قبلت **فى أحد الوجهين**، لأنهما سواء عنده **والثانى**: لا تقبل، لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن، لأن المشترى يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشترى الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفعته أو شهد بشراء شىء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل، لأن المكاتب عبده فلا تقل شهادته له كمدبره، ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به

ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة، كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فإنه يستحق الشفعة به، ولو كان للميت دار فبيع بعضهـا فى قضاء دينه لم يكن للورثة شفـعة، لأن البيع يقع لهم فلا يسـتحقون الشـفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكًا للموروث فبيع نصيب الموروث فى دينه فلا شفعة أيضًا، لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه.

فـصل: ولو اشترى شقصًا مشفوعًا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة، لأن حقه أسبق من حق الموصى له، فإذا أخذه دفع الثـمن إلى الورثة وبطلت الوصية، لأن الموصى به ذهب فبطـلت الوصية له، كـما لو تلف ولا يسـتحق المـوصى له بدله، لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد فات بأخذه.

ولو وصى رجل لإنسان بشـقص ثم مات فبـيع فى تركته شـقص قبل قبـول الموصى له فالشـفعة للورثة فـى الصحيح، لأن المـوصى به لا يصير للوصـى إلا بعد القبـول ولم يوجد فيكون باقيًا على ملك الورثة، ويحتـمل أن يكون للوصى إذا قلنا: إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت، فـإذا قبل الوصـية اسـتحق المطالبـة، لأننا تبينا أن الملك كـان له فكان المبـيع فى شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القـبول، ولأنَّا لا نعلم أن الملك له قبل القبول، وإنما يتبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا أنه كـان له، وإن رد تبينا أنه كان للورثة، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضًا لذلك، ويـحتمل أن لهم المطالـبة، لأن الأصل عدم القـبول وبقاء الحـق لهم، ويفارق

السيد، لأنه إن عجز صار له، وإن لم يعجز سهل عليه وفاؤه، وإن شهد على مكاتبه بشىء من ذلك قبلت شهادته، لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده.

40- مسألة: (وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال: بل اتهبته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فإن نكل أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشترى: إما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه).

وجـــملة ذلك أنه إذا ادعى الشفيع على بـعض الشركاء أنك اشتريت نصـيبك فلى أخذه بالشفعـة فإنه يحتاج إلى تحـرير دعواه فيحـدد المكان الذى فيه الشقص ويذكـر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفـعة فيه، فإذا ادعى سـئل المدعى عليه فإن أقر لزمـه وإن أنكر وقال: إنما اتهبته أو ورثتـه فلا شفعة لك فيه فالقـول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه من نصيبه من غير شفعة، فإن حلف برئ وإن نكل قضى عليه، وإن قال: لا يسـتحق علىَّ شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمـينه على حسب قوله فى الإنكار، وإذا نكل وقضـى عليه بالشفعـة عرض عليه الثمن فإذا أخذه دفع إليه، وإن قال: لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه: **أحـدها:** يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليه كما لو أقر له بدار فأنكرها، **والثانى:** يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه، ومتى ادعاه المشترى دفع إليه، **والثـالث:** يقال له: إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمـال الكتابة فادعى أنه حرام، اختاره القاضى،

الموصى له من وجهين: **أحدهما**: لأن الأصل عدم القبول منه، **والثانى**: أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فـإنه لا سبـيل له إلى فعل ما يعلم به ثبـوت الملك له أو لغيـره، فإذا طالبوا ثم قبل الوصى الوصية كانت الشفعة له ويفتقر إلى الطلب منه، لأن الطلب الأول يتبين أنه من غيـر المستحق، وإن قلنا بالرواية الأولى فـطالب الورثة بالشفعة فلهم الأخـذ بها، وإن قبل الوصى أخذ الشـقص الموصى به دون الشقص الموصى به دون الشقص المـشفوع، لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصى فى حياته، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له، لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شـركته، وفى ثبوتها للورثة وجهـان بناءً على ما لو باع الشفيع نصيـبه قبل علمه ببيع شريكه.

فـصـل: ولو اشترى رجل شقصًا ثم ارتد فقتل أو مـات فللشفيع أخذه بالشفعة، لأنهـا وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة، كما لو مات على الإسلام فورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال.

فصل: وإذا اشترى المرتد شقصًا فتصرفه موقوف، فإن قتل على ردته أو مات عليها تبينا أن شراءه باطل ولا شـفعة فيـه، وإن أسلم تبينا صحـته وثبوت الشـفعة فيـه، وقال أبو بكر: تصرفه غير صحيح فى الحالين، لأن ملكه يزول بردته، فإذا أسلم عاد إليه تمليكًا مستأنفًا.

وقال الشافعى وأبو يوسف: تصرفه صحيح فى الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة

وهذا يفارق المكاتب، لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحـريم ما أتاه به، وهذا لا يطالب الشفيع بشىء فلا ينبـغى أن يكلف الإبراء مما يدعيه، والوجه الأول أولى، إن شاء الله تعالى.

فـصل: فإن قال: اشتريته لفلان ـ وكان حاضرًا ـ **استدعاه الحاكم وسأله، فإن صدقه كان الشراء له والشـفعـة عليه**، وإن قال: هذا ملكى ولم أشتره انتقلت الخـصومة إليه، وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخـذ منه بالشفعة، وإن كان المقر له غائبًـا أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم، لأننا لو وقـفنا الأمر فى الشفعة إلى حضور المقر له كان فى ذلك إسقاط الشفعة، لأن كل مشـتر يدعى أنه لغائب، وإن قال: اشتريته لابنى الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة فى أحد الوجهين، لأن الملك ثبت للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الولى عليه، لأنه إيجاب حق فى مال صغير بإقرار وليه، **والثانى**: تثبت، لأنه يملك الشراء له فصح إقـراره فيه، كما يصح إقـراره بعيب فى مبيعه، فـأما إن ادعى عليه شفـعة فى شقص فقـال: هذا لفلان الغائب أو لفلان الطـفل ثمن أقر بشرائه له لم تثبت فـيه الشفـعة إلاَّ أن تثبت ببينة أو يقـدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبـهما بها، لأن الملك ثبت لـهما بإقراره به، وإقراره بالشـراء بعد ذلك إقرار فى ملك غيـره فلا يقبل بخلاف مـا إذا أقر بالشراء

هـهنا عـلى صحة تصـرف المرتد وتذكر فى غـير هذا المـوضوع، وإن بيع شقص فى شـركة المرتد وكان المـشترى كافـرًا فأخذ بالشفعـة انبنى على ذلك أيضًا، لأن أخذه بالشفـعة شراء للشقص من المشترى فأشبه شراءه لغـيره، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فإن كان طالب بالشفعـة انتقلت أيضًا إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه، وإن قـتل أو مات قبل طلبهـا بطلت شفعتـه، كما لو مات على إسـلامه، ولو مات الشفـيع المسلم ولم يخلف وارثًا سوى بيت المـال انتقل نصيـبه إلى المسلمين إن مـات بعد الطلب وإلا فلا.

٨٨٤- **مـسألة:** قال: (**وإن أذن الشريك فى البيع ثم طلب بالشفـعة بعد وقوع البيع فله ذلك**).

وجملة ذلك: أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال: قد أذنت فى البيع أو أسقطت شفعتى أو ما أشبه ذلك لم تسقط، ولـه المطالبة بها متى وجد البيع، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مـالك والشافعى والبـتى وأصحاب الرأى، وروى عن أحمـد ما يدل على أن الشفـعة تسقط بذلك، فإن اسماعيل بن سعيد قال: قلت لأحمد: ما معنى قول النبى ﷺ: «من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه»(٣٠) وقد جاء فى بعض الحديث: «ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه» إذا كانت الشفعة ثابتة له؟ فقال: ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشـفعة، وهذا قـول الحكم والثورى وأبى عـبيـد وأبى خيـثمة وطائـفة من أهل الحديث.

ابتداء، لأن الملك ثبت لهمـا بذلك الإقرار المثبت للشفعة فـثبتا جميـعًا، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحـاكم عنه ولم يطالب ببيانه، لأنه لو صـرح بالشراء لم تثبت به شفـعة فلا فائدة فى الكشف عنه، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

فـصل: وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يسـتحقه بالشفـعة فصدقه فللشـفيع أخذه بالشفـعة، لأن من فى يده العين يصدق فى تصرفه فيما فى يده، وبهذا قال أبو حـنيفة وأصحابه، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان: **أحدهما**: ليس له أخذه، لأن هذا إقرار على غيره.

ولنا: أنه أقر بما فى يده فقبل إقراره، كما لو أقر بأصل ملكه، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار الـبائع بالبيع، فإذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن فى البيع، فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منهما ويستقر

---

(٣٠) أخرجـه أحمـد فى مسنده (٣/ ٣٨٢) من طـريق الحجـاج بن أرطاة عن أبى الزبير عن جـابر بلفظ: «مزارعة» وفى أخرى: «فليعـرضها على صاحبه فهو أحق بهـا بالثمن» وفى إسناده الحجاج بن أرطاة كثير الخطأ والتدليس، كما قال الحافظ فى التقريب، وانظر ما بعده.

قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة: تبطل شفعته، وقال مرة: لا تبطل، واحتجوا بقـول النبى ﷺ: «من كان له شركة فى أرض ربعة أو حـائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك»(٣١) ومحال أن يقول النبى ﷺ: «ومن شاء ترك» فلا يكون لتركه معنى، ومفهـوم قوله فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بإذنه لا حق له، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الاتفـاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشترى من غير رضـائه ويجبره على المعاوضة به لدخـوله مع البائع فى العقد الذى أساء فـيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحـسان إليه فى عرضه عليه، وهذا المعنى معـدوم هـهنا، فإنه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر فى حقـه ببيعه، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة، كما لو أخر المطالبة بعد البيع.

ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصـح، كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صـداقها قبل التـزويج، وأما الخبر فـيحتـمل أنه أراد العرض عليه ليبـتاع ذلك إن أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفى بأخذ المشترى لا إسقاط حقه من شفعته.

فـــصل: إذا توكل الشفـيع فى البيع لم تسقط شـفعتـه بذلك سواء كان وكـيل البائع أو المشـترى، ذكره الشريف وأبو الخطاب، وهو ظاهر مذهب الشـافعى، وقال القاضى وبعض الشافعيـة: إن كان وكيل البائع فلا شفعـة له، لأنه تلحقه التهمة فى البـيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكـيل المشترى، وقال أصحاب الرأى: لا شفعـة لوكيل المشترى بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق على نفسه.

الضمان على الشفيع، لأن المنافع تلفت تحت يده، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد، وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذى فى يدك فأنكر وقـال: إنما أنا وكيل فيـه أو مستودع له فـالقول قوله مع يمينه، وإن كـان للمدعى بينة حكم بها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافـعى، مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب، لأن القضاء ههنا على الحـاضر لوجوب الشفعة عليـه واستحقاقه انتزاع الشـقص من يده، فحصل القضاء على الغائب ضمنًا، فإن لم تكن بينة وطلب الشـفيع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه، لأنه لو أقـر لقضى عليه فكذلك إذا نكل، واحتمل أن لا يقضى عـليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشقص فى يده.

فـــصل: وإذا ادعى على رجل شفعـة فى شقص اشتراه فقـال: ليس له ملك فى شركتى، فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة، وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى، وقال أبو يوسف: إذا كان فى يده استحق الشفعة به، لأن الظاهر من اليد الملك.

---

(٣١) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١٣٣/ ص١٢٢٩) بنحوه، وأبو داود (٣/ ٣٥١٣) بلفظ: «الشفعة فى كل شرك ربعة...» الحديث، والنسائى (٤٣٣١) صحيح.

ولنا: أنه وكيل فـلا تسقط شفـعته كالآخـر، ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكـيل إنما ينتـقل إلى الموكل، ثم لو انتـقل إلى الوكـيل لما ثبـتت فى ملكه إنمـا ينتقل فى الحـال إلى الموكل فلا يكون الأخذ من نفـسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التـهمة فلا تؤثر، لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفـعته راضيًا بتصرفه مع ذلك فلا يـؤثر، كما لو أذن لوكيل فى الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه، بع نصف نصيبى مع نصـف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهمـا فى المبيع من نصيب صـاحبه، وعند القاضى تثبـت فى نصيب الوكيل دون نصيب الموكل.

فــصل: وإن ضمن الشفيع العهـدة للمشترى أو شرط له الخيار فاختـار إمضاء العقد لم تسقط شفعته، وبهذا قال الشافعى، وقال أصحاب الرأى: تسقط، لأن العقد تم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه.

ولنا: أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسـقط به الشفعة كالإذن فى البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكروه لا يصح، فإن البيع لا يقف عَلى الضمان ويبطل بما إذا كان المشترى شريكًا، فإن البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه.

فــــصل: وإذا كانت دار بين ثلاثة فقـارض واحد منهم شريكيه بألف فـاشترى به نصف نصيب الثـالث لم تثبت فيه شـفعة فى أحد الوجـهين، لأن أحد الشريكين رب الـمال والآخر

ولنا: أن الملك لا يثبت بمـجرد اليد، وإذا لم يثـبت الملك الذى يستحق به الشفـعة لم تثبت، ومـجرد الظاهر لا يكفى، كمـا لو ادعى ولد أمة فى يده، فإن ادعى أن المـدعى عليه يعلم أنه شريـك فعلى المشـترى اليمـين أنه لا يعلم ذلك، لأنها يمـين على نفى فعل الغـير فكانت على العلم كاليـمين على نفى دين الميت، فإذا حلف سـقطت دعواه، وإن نكل قضى عليه.

فــصل: إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شـفعته فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال: بل ورثته من أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو، لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد: تثبت ويقال له: إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع، لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع.

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع، وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل فى حـقه ولا تقبل شهادته عليه، وليـست الشفعة من حقوق الـعقد فيقبل فـيها قول البائع فصار بمنزلة ما لو حلف أنى ما اشتـريت الدار، فقال من كانت الدار ملكه أنا بعته إياها لم يقبل عليه فى الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص فى يده وأنكر المشترى الشراء، لأن الذى فى يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواه، وههنا من الدار فى يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شىء فى يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا.

العامل، فهما كالشريكين فى المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبى كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسًا: لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذى له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما.

فصل: فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثًا فاشترى أجنبى نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال: إنما اشتريته لشريكك، لم تؤثر هذه الدعوى فى قدر ما يستحق من الشفعة، فإن الشفعة بين الشريكن نصفين سواء اشتراهما الأجنبى لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول تبين كذبه لم تسقط شفعته، وإن أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشترى وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة، لأن اقتصاره على أخذ النصف ينبى على خبر المشترى فلم يؤثر فى إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقى لعفو شريكه عنه، وإن امتنع من أخذ الباقى سقطت شفعته كلها، لأنه لا يملك تبعيض صفقة المشترى، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذى أخذه ولا يبطل أخذه له، لأن المشترى أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشترى على الإقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل، لأنه لا منازع له فى استحقاقه، ولا الاقتصار على النصف لإقرار المشترى له باستحقاق ذلك.

41- مسألة: (وإن كان عوضًا فى الخلع والصداق والصلح عن دم العمد وقلنا بوجوب الشفعة فيه، فقال القاضى: يأخذه بقيمته).

قال: وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبى ليلى، لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع إلى قيمته فى الأخذ بالشفعة، كما لو باعه بسلعة لا مثل لها، ولأننا لو أوجبنا مهر المثل لأفضى إلى تقويم البضع على الأجانب وأضر بالشفيع، لأن المهر يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه فى العادة بخلاف البيع، وقال غير القاضى: يأخذه بالدية ومهر المثل، وحكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد، وهو قول العكلى والشافعى، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل إذا لم يكن نقدًا ولا مثليًا وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل.

فصل: قال الشيخ رحمه الله تعالى: **(ولا شفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه، نص عليه، ويحتمل أن تجب).**

لا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان، وقال أبو الخطاب: يتخرج أن تثبت الشفعة، لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة فى مدة الخيار، كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة

فـــصل: وإن قال أحد الشفيعين للمشترى: شراؤك باطل، وقال الآخر: هو صحيح فالشفعة كلها لـلمعترف بالصحة، وكذلك إن قال: ما اشتريته إنمـا اتهبته، وصدقه الآخر أنه اشتراه فالشـفعة للمصدق بالشراء، لأن شـريكه مسقط لحقه باعترافـه أنه لا بيع صحيح، ولو احتـال المشترى على إسـقاط الشفعـة بحيلة لا تسقطهـا، فقال أحد الشـفيعين: قـد سقطت الشفعة، توفرت على الآخر لاعتراف صاحبـه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين فى البيع أو الشراء أو ضمن عهـدة المبيع أو عفا عن الشفـعة قبل البيع وقال: لا شفـعة لى لذلك توفرت على الآخر، وإن اعـتقد أن له شفـعة وطالب بها فارتـفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفـعة له، توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم، فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق.

فـصل: إذا ادعى رجل آخر ثلث داره فـأنكر ثم صالحه عن دعـواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشـفعة فى الثلث المصالح به، لأن المدعى يزعم أنه محق فى دعـواه وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادعـاه فلزمه حكم دعـواه ووجبت الشفـعة ولا شفعـة على المنكر فى الثلث المصالح عنه، لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاء لشره ودفـعًا لضـرر الخصومـة واليمين عن نفـسه، فلم تلزمـه فيه شـفعة، وإن قـال المنكر للمدعى: خذ الثلث الذى تدعيـه بثلث دارك ففعل، فلا شفعة على المدعى فـيما أخذه وعلى المنكر الشفـعة فى الثلث الذى أخذه، لأنه يزعم أنه أخـذه عوضًا عن ملكه الثـابت له، وقال أصحـاب الشافعى: تجب الشـفعة فى الثـلث الذى أخذه المدعى أيضًـا، لأنها معـاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما، كما لو كانت بين مقرين.

حتى ينقضى، لأن فى الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع فى حقه بغير رضاه، ولأن الشفيع إنمـا يأخذ من المشتـرى ولم ينتقل الملك إليه، وإن كان الخـيار للمشتـرى فقد انتقل الملك إليه، ولا حـق لغيره فيه والشفـيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واسـتقرار الملك، فلأن يمـلك ذلك قبل لزومـه أولى، وغاية ما يـقدر ثبوت الخـيار له، وذلك لا يمـنع الأخذ بالشفعة، كما لو وجد به عيبًا، وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة، كما لو كان للبائع، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع فى عين الثمن، فلم يجز كما لـو كان الخيار للبائع، فإننا إنما مـنعنا من الشفعة لما فيه من إبـطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع فى عـين ماله وهما فى نظر الشرع على السواء، وفـارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامـة وذلك يزول بأخذ الشفيع، فإن باع الشفيع حصـته فى مدة الخيار عالمًا ببيع الأول سقطت شفعته، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

فـصل: وبيع المريض كبـيع الصحيح فى الصحة وثبوت الشفـعة وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل، سـواء كان لوارث أو غير وارث، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال

ولنا: أن المدعى يزعم أن مـا أخذه كان ملكًا له قـبل الصلح ولم يتجـدد له عليه ملك، وإنما استنقذه بعلمه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر به.

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثًا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لأجنبى ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما، لأنه شريك فيهما، فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد مشتريه، لأنـه لا شريك له فى شفعته، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثانى أخذ نصف المبيع وهو السدس، لأن المشترى شريكه فى شفعته ويأخذ نصفه من المشترى الأول ونصفـه من المشترى الثانى، لأن شريكه لما اشترى الثلث كـان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس، فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده وفى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده، والشفيع يستحق ربع ما فى يده وهو السدس فصار منقسمًا فى يديهما نصفين، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السـدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشترى الثانى على الأول بربع الثمن الـذى اشترى به، وتكون المـسألة من اثنى عشـر ثم ترجع إلى أربعة: للشفيع نصف الدار، ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى وربع مـا فى يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشـريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثـمن الأول ويدفع إلى الثانى ثـلاثة أرباع الثانى ويرجع الثـانى على الأول بربع الثـمن، لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فـيدفع إليه نصف الثمن لذلك، وقد صار نصف هذا النصف فى يد الثـانى وهو ربع ما فى يده فـيأخـذه منه ويرجع الثانى على الأول بثـمنه وبقى

أبو حنيفة: لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه، لأنه مـحجور عليه فى حقه فلم يصح بيعه كالصبى.

ولنا: أنه إنما حجر عليه فى التبرع فى حقـه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبى إذا لم يزد على التبرع بالثلث، وذلك لأن الحجر فى شىء لا يمنع صحـة غيره، كما أن الحجر على المرتهن فى الرهن لا يمنع التصرف فى غيره، والحجر على المفلس فى ماله لا يمنع التصرف فى ذمته، فأمـا بيعه بالمحاباة فلا يخلو إما أن يكون لوارث أو لغـيره، فإن كان لوارث بطلت المحاباة، لأنها فى المرض بمنزلة محاباة الوصية فى الوصية لوارث لا تجوز، ويبطل البيع فى قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فـيما عداه؟ فيه ثلاثة أوجه: **أحـــدها:** لا يصـح، لأن المشترى أبرأ الضامن فى كل المبيع فلم يصح فى بعضـه كما لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة فقال: قـبلت البيع فى نصفه أو قـال: قبلته بخمسـة أو قبلت نصفه بخـمسة، ولأنه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذى تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة، **الثـانى:** أن يبطل البيع فى قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشترى الخيار بين الأخذ والفسخ، لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ مـا صح فيه البيع، وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما قابلها، **الثالث:** أنه يصح فى الجميع ويقف على إجازة الورثة، لأن

المأخـوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشـتراه فأخـذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثـمن، وإن كان المشترى الثانى هو البائع الأول فـالحكم على ما ذكرنا لا يختلف، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعًا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهـما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعًا مـما فى يده لأجنبى ثم علم شـريكه فأخذ بالبـيع الثانى أخـذ جميـعه ودفع إلى المشترى ثمنه، وإن أخـذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نـصف سدس، لأن المبيع

الوصية للوارث صحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له، فإن أجازوا المحاباة صح البيع فى الجميع ولا خيار للمشترى ويملك الشفيع الأخذ به، لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا بطل البـيع فى قدر المحاباة وصح فـيما بقى ولا يملك الشفـيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم، لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه، فإن اختار المشترى الرد فى هذه الصورة وفى التى قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع، لأنه لا ضرر على المشترى وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه.

فصل: إذا كان المشترى أجنبيّا والشفيع أجنبى فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخـذ بذلك الثمن، لأن البيع حصل به فلا يمنع منهـا كون المبيع مستـرخصًا، فإن زادت على الثلث فالحكم فـيه حكم أصل المحاباة فى حق الوارث، وإن كـان الشفيع وارثًا، ففيـه وجهان: **أحدهـما:** له الأخذ بالشفعة، لأن المحـاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غـريم وارثه مالاً فأخذه الوارث، **والثـانى:** يصح البـيع ولا تجب الشفعة، وهو قول أصحاب أبى حنيفة، لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوراثه فى المحاباة، ويفارق الهبة لغريم الوارث، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة، وهذا استـحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقـا، ولأصحاب الشافعى فى هذا خمسة أوجه: وجهان كهذين، **والثالث:** أن البيع باطل من أصله لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث، وهذا فاسد، لأن الشـفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل فـرعه، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليـه بجهة الأخذ من المشترى فأشبه هبة غريم الوارث **الوجه الرابع:** أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل لـلمحاباة، لأن المحاباة بالنصف مثـلاً هبة للنصف، وهذا لا يصح، لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبى أخذ الكل، لأن الموهوب لا شفعة فيه، **الخامس:** أن البيع يبطل فى قدر المحاباة وهو فاسد، لأنهـا محاباة لأجنبى بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعًا.

فـصل: ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكـل لفظ يدل على أخذه بأن يقول: قد أخذته بالثمن أو تملكتـه بالثمن ونحو ذلك إذا كـان الشقص والثمن مـعلومين ولا يفتـقر إلى حكم حاكم، وبهذا قـال الشافعى، وقال القاضى وأبو الخطاب: يملكه بالمطالبـة، لأن البيع السابق

كله ربع فثلثه نصف سـدس يأخذ ثلثه من المشترى الأول وثلثه مـن الثانى، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين، النصف ثمـانية عشر، ولكل واحد منهـما تسعة، فلما اشـترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بيـنه وبين شريكه الذى لم يبع أثلاثًا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما فى يده حصل فى المـبيع من الثلاثة ثلثها وهو سـهم، بقى فى يد البائع منها سهمان فتـرد الثلاثة إلى الشريك ويصير فى يده اثنا عشر وهى الثلث، ويبـقى فى يد المشترى الثانـى ثمانية وهـى تُسعان، وفى يـد صاحب النصف سـتة عشـر وهى أربعة أتسـاع، ويدفع

سبب، فـإذا انضمت إليه المطالـبة كما كـالإيجاب فى البـيع إذا انضم إليه القبـول، وقال أبو حنيفة: لا يحصل إلاَّ بحكم حاكم، لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرًا فافتقر إلى حكم حاكم كأخذ دينه.

ولنا أنه حق ثبت بالنص والإجـمـاع فلم يفتـقر إلى حكـم حاكم كـالرد بالعيب، وبهـذا ينتقض ما ذكروه، ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قـبل الدخول، ولأنه مال يتملكه قهرًا فملكه بالأخذ كالغنائم والمباحات، وملكه باللفظ الدال على الأخذ، لأنه بيع فى الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه، وقولهم: يملك المطالبة بمجردها لا يصح، لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبـة ولوجب إذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة، ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه، إذا ثبت هذا فإنه إذا قال: قـد أخذت الشقص بالثمن الذى تم عليـه العقد وهو عالم بقـدره وبالمبيع صح الأخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشترى، لأن الشقص يؤخذ قهرًا والمقهور لا خيار له والآخذ قهرًا لا خيار له أيضًا كمسترجع المبيع لعيب فى ثمنه أو الثمن لعيب فى المبيع، وإن كان الثمن مجهـولاً أو الشقص لم يملكه بذلك، لأنه بيع فى الحقيقة، فيـعتبر العلم بالعوض كسائر البيـوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعـرف مقدار الثمن من المشترى أو من غـيره والمبيع فيأخذه بثمنه، ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب.

42- **مسألة:** **(وإن أقر البائع بالبيع وأنكر المشترى فهل تجب الشفعة؟ على وجهين:)**

أحدهما: تجب الشفعة، وهو قول أبى حنيفة والمزنى، **والثانى**: لا تجب، ونصره الشريف أبو جعفـر فى مسائله، وهو قول مـالك وابن شريح، لأن الشفعـة فرع للبيع ولم يثبت فـلا يثبت فرعـه، ولأن الشفيع إنمـا يأخذ الشقص من المـشترى وإذا أنكر البـيع لم يمكن الأخذ منه، ووجه الأول أن البـائع أقر بحقـين: حق للشفيع وحق للمـشترى، فـإذا سقط حق المشـترى بإنكاره ثبت حق الشـفيع، كـما لو أقـر بدار لرجلين فأنكر أحـدهما، ولأنه أقـر للشفـيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار، والشفيع يدعى ذلك فوجب قبوله، كما لو أقر أنها ملكه، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع، لأن القبض منه ولم يثبت الشراء فى حق المشترى وليس للشفيع ولا للبائع محـاكمة المشترى ليثبت البيع فى حقه

الشريك الثمن إلى المشـترى الأول ويرجع المشترى الثانى عليه بتـسع الثمن الذى اشترى به، لأنه قد أخـذ منه تسع مبيعـه، وإن أخذ بالعقدين أخـذ من الثانى جميع مـا فى يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سـهمان من ستة وثلاثين فـيصير فى يده عـشرون سهمًا وهى خـمسة أتساع ويبقى فى يد الأول ستة عشر سهما وهى أربعة أتساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثانى ثمانية أتساع الثمن الثانى ويرجع الثانى على الأول بتسع الثمن الثانى.

وتكون العهدة عليه، لأن مقـصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع، ومقـصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة فى المحاكم، **فإن قيل**: أليس لو ادعى على رجل دينًا فقال آخر: أنا أدفع إليك الدين ألذى تدعيه ولا تخاصمه، لا يلزمه قبوله، فهلا قلتم ههنا كذلك؟ **قلنا**: فى الدين عليه منة فى قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه، ولأن البائع يدعى أن الثمن الذى يـدفعه الشفـيع حق للمشـترى عوضًا عـن هذا البيع فصـار كالنائب عن المشترى فى دفـع الثمن، والبائع كالنائب عنه فى دفع الشقص بخلاف الديـن، فإن كان البائع مقرّا بقبض الثمن من المشترى بقى الثـمن الذى على الشفيع لا يدعيه أحد، لأن البائع يقول: هو للمشترى، والمشترى يقول: لا أستحقه، ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن يقال للمشترى إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه، **والثانى**: يأخذه الحاكم عنده، **والثالث**: يبقى فى ذمة الشفيع وفى جميع ذلك متى ادعـاه البائع أو المشترى دفع إليه، لأنه لأحـدهما، وإن تداعياه جميـعًا فأقر المشترى بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئًا فهو للمشترى، لأن البائع قد أقر له به، ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مـدعيًا لهذا الثمن، لأن البائع لا يستحـق على الشفيع ثمنًا إنما يستحقه على المشـترى وقد أقر بالقبض منه، وأما المشترى فإنه يدعيه وقـد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه.

43- مـسألة: (وعهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع) .

إذا أخذ الشفيع الشـقص فظهر مستحقًا فـرجوعه بالثمن على المشتـرى ويرجع المشترى على البائع، وإن وجده مـعيبًا فله رده على المـشترى أو أخذ أرشه منه، والمـشترى يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سـواء قبض الشقص من المشترى أو من البائـع، وبه قال الشافعى، وقال ابن أبى ليلى والبتى: عـهدة الشفيع على البائع، لأن الحق ثـبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمـشترى، وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشترى فـالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعـهدة عليه، لأن الشفـيع إذا أخذه من البائع تعذر قـبض المشترى فينفـسخ البيع بين البائع والمشترى فكأن الشفيع أخذه من البائع مالكًا من جهته فكانت عهدته عليه.

ولنا: أن الشفـعة مـستحـقة بعد الشـراء وحصـول الملك للمشتـرى ثم يزول الملك من المشترى إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه، كلما لو أخذه منه ببيع، ولأنه ملكه من جهة المشترى بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمـشترى فى البيع الأول، وقياسه على المشترى فى

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه، وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك، وقد حصل ثلثه الباقى فى يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فيقسم بينهما أثلاثًا، وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهمًا الثلث المبيع

جعل عهدته على البائع لا يصح، لأن المشترى ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشترى فى التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعة، لأنها استحقت به.

فصل: وحكم الشفيع فى الرد بالعيب حكم المشترى من المشترى، فإن علم المشترى بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشترى أو أخذ أرشه منه، وليس للمشترى شىء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش، لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذى استقر عليه العقد، فإذا أخذ الأرش فما أخذه بالثمن الذى استقر على المشترى، وإن علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرش، لأن الشفيع أخذه عالمًا بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشترى إذا علم العيب، والمشترى قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرش، لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع الثمن فأشبه ما لو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الأرش، لأنه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع، كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذى استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه، وإن علما جميعًا فليس لواحد منهما رد ولا أرش، لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة، وإن لم يعلما فللشفيع رده على المشترى، وللمشترى رده على البائع، فإن لم يرده الشفيع فلا رد للمشترى لما ذكرنا أولاً، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى فللمشترى أخذه من البائع، وإن لم يأخذ منه شيئًا فلا شىء للمشترى، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذى ذكرناه، فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى سقط عنه من الثمن بقدره، لأنه الثمن الذى استقر عليه البيع، وسكوته لا يسقط حقه، وإن أسقطه عن المشترى توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره، فأما إن اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح فى المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط، وفيه رواية أخرى أنه يبرأ إلاَّ أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية إن علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشترى، لأنه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا البراءة، وإن لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشترى دون الشفيع.

أربعة وخمسون سهمًا لعمرو ثلثاها بشفعته وثلاثون سهمًا يأخذ ثلثيها من بكر وهى أربعة وعشرون سهمًا وثلثها فى يده اثنا عشر سهمًا، والسدس الذى اشتراه سبعة وعشرون سهمًا قد أخذ منها اثنى عشر بالشفعة بقى منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهمًا ولبكر ثلاثون سهمًا ولعمرو مائة سهم، وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى الثمن فى البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقى بينهما أثلاثًا، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذى اشتراه بينه وبين زيد أثلاثًا ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح

44- مسألة: (وإن أبى المشترى قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه، قاله القاضى).

قال: وليس له أخذه من البائع، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن الشفيع يشترى الشقص من المشترى فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض، فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة، وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كأخذه من المشترى، وهو قول أبى حنيفة، لأن العقد يلزم فى بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع فى ملك المشترى وضمانه، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشترى، والله أعلم.

45- مسألة: (ولو ورث اثنان شقصًا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه).

وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد، وقال فى القديم: الأخ أحق بالشفعة، وبه قال مالك، لأن أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لاشتراكهما فى سبب الملك.

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود فى حق الكل، وما ذكروه لا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له فى موضع، والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنتين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاثة بنين وأرضًا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابنى أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثه لاثنين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا فى هذه المسائل اختلاف يطول ذكره.

من تسعة، وإن باع بكر السدس لأجنبى فهـو كبيعه إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفـو عن شفعته فى السدس بخلاف ما إذا كان هو المشترى، فإنه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثلث لأجنبى فلعمرو ثلثا شفـعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهـما من بكر وثلثهما من المشتـرى الثانى وذلك تسع وثلث تسع يبقى فى يد الثانى سدس وسـدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثًا وتصح أيضًا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى ثمن مبيـعه، ويدفع هو وزيد إلى المشتـرى الثانى ثمن خمسة أسـباع مبيعـه بينهما أثلاثًا ويرجع المشترى الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما فى يده سدسًا لم تبطل شفعته فى أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئًا، **الثانى**: تبطل شفـعتـه كلها، **والثـــالث**: تبطل فى قدر ما باع وتبـقى فيما لم يبع، وقد ذكـرنا توجيه هذه

46- مسألة: (ولا شفعة لكافر على مسلم) .

روى ذلك عن الحسن والشعبى، وقال الثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قـوله ﷺ : «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»(15) ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب.

ولنا ما روى الدارقطنى فى كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبى ﷺ قال: «لا شفعة لنصرانى»(16) وهذا يخص عموم ما احتجوا به، ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء فى البنيان يحقـقه أن الشفعة إنما تـثبت للمسلم دفعًا للضـرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشـترى، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المـسلم تقديم دفع ضرر الذمى، فإن حق المـسلم أرجح ورعايتـه أولى، ولأن ثبوت الشـفعة فى مـحل الإجمـاع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريـك المسلم، وليس الذمى فى معنى المسلم فـيبقى فيه على مـقتضى الأصل، وتثـبت الشفـعة للمـسلم على الذمى لعـموم الأدلة، ولأنهـا إذا ثبتت للمـسلم على المسلم مع عظم حرمته فلأن تثبت على الذمى مع دناءته أولى.

فصل: وتثبت للذمى على الذمى لعموم الأخبار ولأنهما تساويا فى الدين فتثبت لأحدهما على الآخر كالمـسلمين، ولا نعلم فى هذا خلافًا، فـإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخـذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فـعلوه، وإن جرى التقـابض بين المتبايعـين دون الشفيع وترافـعوا إلينا لم

---

(15) أخرجـه البخـارى (٤/٢٢١٣/ فتح) ومـسلم (٣/ مسـاقاة/ ١٢٢٩/ ح١٣٣) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ١٣٧٠) والنسائى (١٠/٤٧١٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

(16) أخرجه البيـهقى فى السنن (٦/ ١٠٨، ١٠٩) من طريق نائل بن نجيح عن سفيـان عن حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ قـال: . . . فذكره، وقـال عقب الحديث: قـال ابن عدى: أحاديث نـائل مظلمة جدًا، وقال الألبانى فى الإرواء (١٥٣٣): منكر.

الوجوه، فأما شفعة مـا باعه ففيها ثلاثة أوجه: **أحـدها**: أنها بين المشـترى الثانى وزيد وبكر أرباعًا للمشترى نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه، **والثانى**: أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهمًا لزيد تسعـة ولبكر خمسة، لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعـه بالشفعة فيـبقى معه خمـسة أتساع السدس ملكه مـستقر عليهـا فأضفناه إلى سدس زيد وقسـمنا الشفعة على ذلك ولم نعط الـمشترى الثانى ولا بكرًا بالسـهام المستـحقة بالشفعة شيئًا، لأن الملك عليها غير مستقر، **والثالث**: إن عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها، وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئًا، وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحقه المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه، وما بطلت الشفعة فـيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج فى قدره وجـهان، ولو اسـتقصـينا فروع هذه المـسألة على سـبيل البسط لـطال، وخرج إلى الإملال.

فـصل: وإذا كانت دار بين أربعة أرباعًا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليـهما واستحق كل واحد من المشـترين الشفعة على صاحـبه، فإن طالب كل واحد منهم بشفعتـه قسم المبيع بينهم أثلاثًا وصارت الدار بينهم كذلك، وإن عـفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشترين نصفين، وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع، لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفـعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفـين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من سـتة عشر، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر

نحكم له بالشفعـة، وبه قال الشافعى، وقال أبو الخطاب: إن تبايعوا بـخمر، وقلنا: هى مال لهم حكمنا لهم بالشفعة، وقـال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إذا كان الثـمن خمرًا، لأنها مال لهم فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم، لكن إن كان الشفيع ذميًا أخذه بمثله، وإن كان مسلمًا أخذه بقيمة الخمر.

ولنا: أنه عقد بخـمر فلم تثبت فيه الشفعـة، كما لو كان بين مسلمين، ولأنـه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا أسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير، واعتقادهم حله لا يجعله مالاً كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه ممـا يعتقدونه فى دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تـمامه، ولو تحاكموا إلينا قبل التـقابض لفسخناه، فـأما أهل البدع فتـثبت الشفعـة لمن حكمنا بإسلامه منهم كـالفاسق بالأفعال لعمـوم الأدلة التى ذكرناها، وروى حرب عن أحمد أنه سئـل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكـر له عن ابن إدريس أنه قال: ليس للرافضة شفعـة، فضحك، وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم، فأما الغلاة كالمعتقـد أن جبريل غلط فى الرسالة فجاء إلى النبى ﷺ، وإنما أرسل إلى على

قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان، والباقى بين الرابع والآخر نصفين، وتصح من ستة عشر، وإن عفا أحد المشترين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثًا فيحصل للذى لم يعف عنه ربع وثلث وثمن وذلك سدس وثمن، والباقى بين الآخرين نصفين، وتصح من ثمانية وأربعين، وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن والباقى بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافى فى التى قبلها، ويصح أيضًا من ثمانية وأربعين، وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافى ربع وسدس والباقى بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا.

٨٨٥- **مسألة:** قال: **(ولا شفعة لكافر على مسلم).**

وجملة ذلك: أن الذمى إذا باع شريكه شقصًا لمسلم فلا شفعة له عليه، روى ذلك عن الحسن والشعبى، وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة، وبه قال النخعى وإياس بن معاوية وحماد بن أبى سليمان والثورى ومالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم قوله ﷺ: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»(٣٢) ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب.

ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمى الذى يقر على كفره غيره أولى.

فصل: وتثبت الشفعة للبدوى على القروى وللقروى على البدوى فى قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبى والبتى: لا شفعة لمن لم يسكن المصر، وعموم الأدلة واشتراكها فى المعنى المقتضى لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم.

فصل: قال أحمد فى رواية حنبل: لا نرى فى أرض السواد شفعة، لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها، والشفعة إنما تكون فى البيع، وكذلك الحكم فى سائر الأرض التى وقفها عمر وهى التى فتحت عنوة فى زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين إلا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة، لأنه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم فى المختلف فيه بشيء نفذ حكمه.

47- **مسألة: (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتريه من مال المضاربة؟ على وجهين).**

---

(٣٢) أخرجه البخارى (٤/ ٢٢١٣/ فتح) ومسلم (٢/ مساقاة/ ١٢٢٩/ ح١٣٣) وأبو داود (٣/ ٣٥١٤) والترمذى (٣/ ١٣٧٠) والنسائى (١٠/ ٤٧١٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٦، ٣١٦، ٣٧٢، ٣٩٩).

ولنا: ما روى الدارقطنى فى كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبى ﷺ قال: «لا شفعة لنصرانى»(٣٣) وهذا يخص عموم ما احتجوا به، ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمى على المسلم كالزكاة، ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء فى البنيان يحققه أن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعًا لضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشترى، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمى، فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة فى محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم، وليس الذمى فى معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمى لعموم الأدلة الموجبة لأنها إذا ثبتت فى حق المسلم على المسلم على عظم حرمته ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمى مع دناءته أولى وأحرى.

إذا بيع شقص فى شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها، فإن تركها فلرب المال الأخذ، لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل، لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصًا فى شركة رب المال، فهل لرب المال فيه شفعة؟ على وجهين مبنين على شراء رب المال من مال المضاربة، وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح فى المال فله الأخذ بها، لأن الملك لغيره، وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال، ومذهب الشافعى فى هذا كله على ما ذكرنا، إن باع المضارب شقصًا فى شركته لم يكن له أخذه بالشفعة، لأنه متهم فأشبه شراءه من نفسه.

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة فى أحد الوجهين، لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين فى المتاع، فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبى كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسًا لرب المال خمساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذى له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر، لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما.

فصل: فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثًا فاشترى أجنبى نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال: إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى فى قدر ما يستحق من الشفعة، فإن الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبى لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته، وإن

---

(٣٣) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٠٨، ١٠٩) من طريق نائل بن نجيح عن سفيان عن حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ قال، فذكره، وقال عقب الحديث: . . . قال ابن عدى: أحاديث نائل مظلمة جدًا، وقال الألبانى فى الإرواء (١٥٣٣): منكر.

فصل: وتثبت للذمي على الذمي لعموم الأخبار ولأنهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم، ولا نعلم في هذا خلافًا، وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة.

أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشترى وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة، لأن اقتصاره على أخذ النصف انبنى على خبر المشترى فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها، لأنه لا يملك تبعيض صفقة المشترى، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له، لأن المشترى أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشترى على الإقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل، لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشترى له باستحاق ذلك.

فصل: فإن قال أحد الشريكين للمشترى: شراؤك باطل، وقال الآخر: هو صحيح، فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك إن قال: ما اشتريته إنما اتهبته، وصدقه الآخر إن اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء، لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع أو لا بيع صحيح، ولو احتال المشترى على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين: قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع، وقال: لا شفعة لي، لذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفعا إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر، لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق.

فصل: إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فأنكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعى يزعم أنه محق في دعواه، وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه، لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاء لشره ودفعًا لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة، وإن قال المنكر للمدعى: خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك، ففعل فلا شفعة على المدعى فيما أخذه، وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه، لأنه يزعم أنه أخذه عوضًا عن ملكه الثابت له، وقال أصحاب الشافعي: تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعى أيضًا، لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما، كما لو كانت بين مقرين.

وقال أبو حنيفة: تثـبت الشفعة إذا كان الثمن خـمراً، لأنها مال لهم فأشبـه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذميّا أخده بمثله، وإن كان مسلمًا أخذه بقيمة الخمر.

ولنا: أنه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفـعة كما لو كان بين مسلمين، ولأنه عقد بثمن محرم أشبـه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخـمر مال لهم، فإن الله تعالى حـرمه كما حرم الخنزير، واعتقـادهم حله لا يجعله مالاً كالخنزير، وإنما لم ينقض عـقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعـرض لما فـعلوه مما يعـتقـدونه فى دينهم ما لم يتـحاكمـوا إلينا قبل تمـامه، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه.

فــصـل: فأما أهل البـدع فمن حكم بإسلامه فله الشـفعة، لأنه مسلم فتثـبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال، ولأن عموم الأدلة يقتضى ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها.

ولنا: أن المدعى يزعم أن ما أخذه كان ملكًا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به.

فـصل: إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثًا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لأجنبى ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما، لأنه شريك فيهما، فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد مشتريه، لأنـه لا شريك له فى شفعته، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثانى أخذ نصف المـبيع وهو السدس، لأن المشترى شريكه فى شفعـته، ويأخذ نصفه من المشـترى الأول ونصفـه من المشترى الثـانى، لأن شريكه لما اشـترى الثلث كان بينهـما نصفين لكل واحد منهما السدس، فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده، وفى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده والشفيع يستحق ربع ما فى يده وهو السدس فصار منقسمًا فى يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصـفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشترى الثـانى على الأول بربع الثمن الذى اشـترى به وتـكون المسـألة من اثنى عشـر ثم ترجع إلى أربعة، للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخـذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى وربع ما فى يد الأول فـصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثـمن الأول ويدفع إلى الثانى ثلاثة أرباع الثـمن الثانى ويرجع الثـانى على الأول بربع الثمن الثانى، لأنه يأخـذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيـدفع إليه نصف الثمن لذلك، وقد صار نصف هذا النصـف فى يد الثانى وهو ربع ما فى يده فيأخـذه منه ويرجع الثانى على الأول بثمنه وبقى المـأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع مـا اشتراه فأخـذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، وإن كان المشترى الثانى هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعًا لأحدهم نصـفها وللآخرين نصفها بينهما فـاشترى صاحب النصف من أحد شـريكيه ربعه ثم باع ربـعًا ممـا فى يده لأجنبى ثم علم شريكه فـأخذ بالبيع الثـانى أخذ جمـيعه ودفع إلى المشـترى ثمنه، وإن أخذ بالبـيع الأول وحده أخذ ثلث المـبيع وهو نصف

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن ابن إدريس أنه قال: ليس للرافضة[٣٤] شفعة فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم، وأما من غلا كالمعتقد أن جبريل غلط فى الرسالة فجـاء إلى النبى ﷺ وإنما أُرسل إلى على ونحوه[٣٥]، ومن حكم بكفـره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن[٣٦] فلا شفعة له، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمى الذى يقر على كفره فغيره أولى.

سدس، لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشترى الأول وثلثه من الثانى ومخرج ذلك من سـتة وثلاثين، النصف ثمانيـة عشر ولكل واحد منهـما تسعة، فلمـا اشترى صاحب النصف تسعة كـانت شفعتها بينه وبين شريكه الذى لم يبع أثـلاثًا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما فى يده حصل فى المـبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقى فى يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة إلى الشريك يصير فى يده اثنا عشر وهى الثلث ويبقى فى يد المشترى الثانى ثمانية وهى تسعـان وفى يد صاحب النصف ستة عشر وهى أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشـترى الأول ويرجع المشترى الثانى عليه بتـسع الثمن الذى اشترى به، لأنه قد أخـذ منه تسع مبيعـه، وإن أخذ بالعقدين أخـذ من الثانى جميع مـا فى يده وأخذ من الأول نصف التسع وهى سهـمان من ستة وثلاثين فيصـير فى يده عشرون سهمًـا وهى خمسة

---

(٣٤) الروافض: وهى الإمامية وهى أربع وعشرون فرقة، وإنما سموا رافضة لرفضهم إمامة أبى بكر وعمر، وهم مـجمـعون على أن النبى ﷺ نص على اسـتخلاف علىٍّ بن أبى طالب باسـمه وأظهـر ذلك وأعلنه، وأن أكثر الصحابة ضلوا بتركهم الاقتداء به بعد وفاة النبى ﷺ وغير ذلك.
انظر مقالات الأشعريين (٨٨، ٨٩)

(٣٥) كالعلبـائية وهم أصحـاب العلباء بن زراع الدوسى، وقال قـوم: هو الأسدى، وكان يفـضل عليًا على النبى ﷺ .وزعم أنه بعث محمـدًا يعنى عليًا وسماه إلهًا، وكان يقـول: ندم محمد ﷺ وزعم أنه بعث ليدعو إلى على فدعا إلى نفسه ولجون هذه الفرقة الذميمة. انظر الملل والنحل (ج١/ ١٧٥).

(٣٦) وهم المعـتزلة واختلفـت فى كلام الله سبـحانه هل هو جسم أم ليس بجـسم أو فى خلقه على سـتة أقاويل:
الفرقة الأولى منهم: يزعمون أن كلام الله جسم، وأنه مخلوق وأنه لا شىء إلا جسم.
والفرقة الثانية منهم: يزعمون أن كلام الخلق عرض، وهو حركة، لأنه لا عرض عندهم إلا الحركة؟ وأن كلام الخالق جسم وأن ذلك الجسم صوت منقطع مؤلف مسموع.
والثالثة من المعتزلة: يزعمون أن القرآن مخلوق لله.
والرابعة: يزعمون أن كلام الله عرض وأنه مخلوق.
والخامسة: أصحاب (معمر) يزعمون أن القرآن عرض والأعراض عندهم قسمان. . . .
والسادسة: يزعمون أن كلام الله عرض مخلوق وأنه يوجد فى أماكن كثيرة فى وقت واحد، وهذا قول الأسكافى. انظر مقالات الأشعريين (٢٦٧ - ٢٦٩)

فــصل: وتثبت الشفعة للبدوى على القروى وللقروى على البدوى فى قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبى والبتى: لا شفعة لمن لم يسكن المصر.

ولنا: عموم الأدلة واشتراكهم فى المعنى المقتضى لوجوب الشفعة.

فــصل: قال أحمد فى رواية حنبل: لا نرى فى أرض الســواد شفعة، وذلك لأن أرض السواد موقــوفة، وقفها عــمر ﷺ على المسلمين ولا يصح بيــعها، والشفـعة إنما تكون فى

أتساع ويبقى فى يد الأول ستة عشر سهمًا وهى أربعة أتساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثانى ثمانية أتساع الثمن الثانى ويرجع الثانى على الأول بتسع الثمن الثانى.

فـصل: إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمرًا ســدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثلث ثم علم فله المــطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثــاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثى ذلك، وقــد حصل ثلثه الباقى فى يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من بيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فتقسم بينهما أثلاثًا وتصح المــسألة من مائة واثنين وستين سهمًا الثلث المبيع أربعة وخــمسون لعمــرو ثلثاها بشفــعته ستــة وثلاثون سهمًا يأخــذ ثلثيهــا من بكر وهى أربعة وعشرون سهمًا وثلثهــا فى يده اثنا عشر سهمًا والسدس الذى اشتراه سبعــة وعشرون سهمًا قد أخذ منها اثنا عــشر بالشفعة بقى منهــا خمسة عشر له ثلــثاها عشرة ويأخذ منها زيد خــمسة، فحصل لزيد اثنان وثلاثون ســهمًا ولبكر ثلاثون سهمًا ولعمــرو مائة سهم، وذلك نصف الدار وتسعــها ونصف تسع تســعهــا، ويدفع بكر إلى عمــرو ثلثى الثمن فى البــيع الأول وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الثــانى بينهما أثلاثًا، فإن عفا عمرو عن شفعــة الثلث فشفعة السدس الذى اشتراه بينه وبين زيد أثلاثًا، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ولزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة، وإن باع بكر السدس لأجنبى فهــو كبيعه إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفــو عن شفعته فى السدس، بخلاف ما إذا كان هو المشترى فإنه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثلث لأجنبى فلعمرو ثلثا شفــعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهمــا من بكر وثلثيهما من المشتــرى الثانى وذلك تسع وثلث تسع يبقى فى يد الثانى سدس وســدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمســين بين عمرو وزيد أثلاثًا، وتصح أيضًا من مائة واثنين وســتين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد إلى المشترى الثانى ثمن خمسة أتساع مبيعه بينهما أثلاثًا، ويرجع المشترى الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما فى يديه سدسًا لم تبطل شفعته فى أحد الوجــوه وله أن يأخذ بها، كما لو لم يبع شيئًا، **والثــانى:** تبطل شفعته كلها، **والثـالث:** تبطل فى قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجه، فأما شفعة مــا باعه ففيها ثلاثة أوجه: **أحــدها:** أنها بين المشــترى الثانى وزيد وبكر أرباعًا للمشترى نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر أملاكهم حين بيعه، **والثانى:** أنها بين

البيع، وكذلك الحكم فى سائر الأرض التى وقفـها عمر ﷺ وهى التى فتحت عنوة فى زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر، وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفـعله الإمام أو نائبه، فإن فعل ذلك ثبتت فـى الشفعة، لأنه فصل مختلف فيه، ومتى حكم الحاكم فى المختلف فيه بشىء نفذ حكمه، والله أعلم.

زيد وبكر على أربعة عـشر سهمًا، لزيد تسـعة ولبكر خمسة، لأن لزيـد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خـمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتـرى الثانى ولا بكرًا بالسهام المستحقة بالشفعة شيئًا، لأن الملك عليها غير مستقر، **والثالث**: إن عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها، وإن أخذت بالشفـعة لم يستحقـوا بها شيئًا، وإن عفـا عن بعضهم دون بعض استحق المـعفو عنه، بسهامه دون غير المـعفو عنه، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمـرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج فى قدره وجهان، ولو استقصـينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال وخرج إلى الإملال.

فـصـل: إذا كانت دار بين أربعة أرباعًا فاشتـرى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليـهما واستحق كل واحد من المشـتريين الشفعة على صاحـبه، فإن طالب كل واحد منهم بشفـعة قسم المبيع بينهم أثـلاثًا وصارت الدار بينهم كذلك، وإن عفـا الرابع وحده قسم المبيع بين المـشتريين نصفين، وكذلـك إن عفا الجميع عن شفـعتهم فيصيـر لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحـاله، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهـما نصف المبـيع، لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين، وتصح من ستة عشر، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحـصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقى بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وإن عفا أحد المشترين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفـين ومبيع الآخر بينهم أثلاثًا فيـحصل للذى لم يعف عنه ربع وثلث ثمن وذلك سدس وثمن والباقى بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين، وإن عفا الرابع عن أحدهمـا ولم يعف أحدهما عـن صاحبـه أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثـمن والباقى بينهـما نصفين ويكون الرابع كالعافى فى التى قبلهـا، وتصح أيضًا من ثمانية وأربعين، وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخـر ولم يعف الآخر فلغير العافى ربـع وسدس والباقى بين العافيـين نصفين لكل واحد منهـما سدس وثمن وتصح من أربعـة وعشرين، وما يـفرع من المسائل فـهو على مساق ما ذكرناه.

كتاب المساقاة

المساقـاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليـقوم بسقيه وعـمل سائر ما يحتـاج إليه بجزء معلوم له من ثمره، وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقى، لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجـرهم إلى السقى، لأنهـم يستقـون من الآبار فسـميت بذلك، والأصل فى جـوازها السنة والإجماع، أما السنة: فما روى عبد الله بن عمر ﷺ قال: عَامَلَ رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، حـديث صحيح متفق عليه [(١)]، وأما الإجمـاع فقال أبو جعـفر مـحمـد بن على بن الحسـين بن على بن أبى طالب رضى الله عنه وعن آبائه: عـامل رسول الله ﷺ أهل خـيبر بالشِّطر ثم أبو بكر وعـمر وعثمـان وعلى، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع [(٢)]، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون فى مدة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجمـاعًا، **فإن قـيل**: لا نسلم أنه لم ينكره منكر فإن عبـد الله بن عمر راوى حديث مـعاملة أهل خـيبر قـد رجع عنه، وقال: كنا نخـابر أربعين سنة حتى حـدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة [(٣)]، وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجـوعه عن العمل به إلى حديث رافع، **قلـنا**: لا يجوز حـمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع ولا حديث ابن عمر، لأن النبى ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى

باب المساقاة

وهى أن يدفع إنسان شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من الثمرة، وسـميت مساقـاة، لأنها مفاعلة من السقى، لأن أهل الـحجاز أكثر حـاجتهم إلى السقى، لكونهم يسقـون من الآبار فسميت بذلك، والأصل فى جوازها السنة والإجـماع، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر قال: عـامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، متفق عليـه، وأما الإجماع فقال أبو جعفـر على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنه وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلى ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان إجماعًا.

---

(١)أخرجه البخارى فى «الحرث والمزارعـة» (٥/ ح ٢٣٢٨/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٨٦/ ٣) وأبو داود (٣/ ح٣٤٠٨) وابن مـاجـه (٢/ ح٢٤٦٧) والتـرمـذى (٣/ ح١٣٨٣) والدارمى (٢/ ح٢٦١٤) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٧، ٢٢، ٣٧، ١٥٧).

(٢)أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ص١٣، ١٤) من كتاب الحرث والمزارعة باب «المزارعة بالشطر ونحوه».

(٣)أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ١١٧٧/ ٩٣) من حديث جابر ﷺ، وأبو داود (٣/ ح٣٤٠٧) والنسائى (٧/ ح٣٨٨٨) وأحمد فى مسنده (١/ ٢٣٤).

مات ثم عـمل به الخلفـاء بعده، ثم من بعـدهم، فكيف يتصـور نهى النبى ﷺ عن شىء يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك فى عصـر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى عن النبى ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع، وعلى أنه قد روى فى تفسير خـبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البخارى بإسناده قال: كـنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيـد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض، وربمـا نصـاب الأرض ويسلم ذلك فـنهـينا، فـأما الذهـب والورق فلم يكن يومـئـذ[٤]، وروى تفسيره أيضًا بشىء غيـر هذا من أنواع الفساد وهو مضطـرب جدًا، قال الأثرم: سـمعت أبا عـبد الله يُسـأل عن حـديث رافع بن خديج: نهى رسـول الله ﷺ عن المزارعـة فقـال: رافع روى عنه فى هذا ضروب، كـأنه يريد أن اختـلاف الروايات عنه يوهن حديثه، وقال طاوس: إن أعلمهم ـ يعنى ابن عباس ـ أخبرنى أن النبى ﷺ لم ينه عنه ولكن قال: «لأن يمنح أحـدكم أخاه أرضه خيـر من أن يأخذ عليها خـراجًا معلومًا» رواه الـبخارى ومسلم[٥]، وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه[٦]، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبى ﷺ حتى مات وهو يفعله ثم أجـمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخـبر لا يجوز العمل به، ولو لم يخالفـه غيره؟ ورجوع ابن عـمر إليه يحتـمل أنه رجع عن شىء من المعاملات الفـاسدة التى

١- مسألة: (تجوز المساقاة فى ثمر النخل وفى كل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته).

هذا قول الخلـفاء الراشدين ﷺ، وبه قـال سعـيد بن المسـيب وسالم ومـالك والثورى والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وإسحـاق وأبو ثور، وقال داود: لا تجوز إلا فى ثمر النخل، لأن الخبر إنما ورد بها فيـه، وقال الشافعى: لا تجوز إلا فى النخل والكرم، لأن الزكاة تجب فى ثمرتهما، وفى سائر الشجر قولان: أحدهما: لا تجوز فيه، لأن الزكاة لا تجب فى نمائها فأشبـه ما لا ثمرة له، وقال أبو حنيفـة وزفر: لا تجوز بحال، لأنها إجـارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذى يسقيه.

ولنا: ما ذكرنا من الحديث والإجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، **فإن قيل:** راوى حديث خيبر ابن عمر، وقد رجع عنه فـقال: كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عـن المخابرة ولا ينعـقد الإجـماع مع مـخالفتـه، ويدل على نسخ حديث ابن عمر أيضًا رجوعه عن العمل به إلى حديث رافع، **قلنا:** لا يجوز حمل حديث رافع

---

(٤) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٣٢٧/ فتح) وذكره الشوكانى فى العرف (٧/ ١٤) من حديث رافع بن خديج.

(٥) أخرجه البـخارى (٥/ ح٢٣٣٠/ فتح) ومسلم (٣/ مـساقاة/ ١١٨٤/ ١٢٠) وأبو داود (٣/ ح٣٣٨٩) والنسائى (٧/ ح٣٨٨٢) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٦٢) وأحمد فى مسنده (١/ ٢٣٤، ٢٨١، ٣٤٩).

(٦) أخرجـه أبو داود (٣/ ح٢٣٩٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٦١) وأحمـد فى مسنده (٥/ ١٨٢، ١٨٧) الكل من طريق عبد الرحمن بن إسحاق عن أبى عبيدة بن محمد بن عمار عن الوليد بن الوليد قال: قال زيد ابن ثابت... فذكره، وفى إسناده أبو عبيدة بن محمد بن عمار، قال ابن حجر فى التقريب: مقبول.

فسرها رافع فى حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط فى روايته، والمـعنى يدل على ذلك، فإن كـثيرًا من أهل النخـيل والشجر يعــجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففى تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز ذلك كالمضاربة بالأثمان.

٨٨٦- **مـسـألة:** قال أبو الـقاسم: (**وتجوز المـساقاة فى النخل والشجـر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر**).

وجـــملة ذلك: أن المساقاة جائزة فى جميع الشجـر المثمر، هذا قول الخلفاء الراشدين ﷺ، وبه قال سـعيـد بن المسيب وسـالم ومالك والثـورى والأوزاعى وأبو يوسف ومحـمد وإسحاق وأبو ثـور، وقال داود: لا يجوز إلا فى النخيل، لأن الخـبر إنما ورد بها فـيه، وقال الشافـعى: لا يجوز إلا فى النخل والكرم، لأن الزكـاة تجب فى ثمرتهـا، وفى سائر الشـجر قولان: **أحدهـما**: لا يجوز فيه، لأن الزكاة لا تجب فى نمائه فأشبه ما لا ثمرة له، وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز بحـال، لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة مجهولة أشـبه إجارة نفْسه بثمرة غير الشجر الذى يسقيه.

على ما يخالف الإجماع ولا حديث ابن عمر، لأن النبى ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات، ثم عمل به الـخلفاء بعده ثم من بعدهم، فكيف يتـصور نهى النبى ﷺ عن شىء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك فى عصر الخلفاء ولـم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ فلو صح خـبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجـماع، على أنه قد روى فى تفسير خـبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البـخارى بإسناده عنه قال: كنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا، فـأما الذهب والورق فلم يكن يومـئذ، وروى تفسيـره أيضًا بشىء غيـر هذا من أنواع الفسـاد وهو مضطرب جـدًا، قال الأثرم: سمـعت أبا عبـد الله يُسأل عن حديث رافع نهـى رسول الله ﷺ عن المزارعـة؟ فقال: رافع يروى عـنه فى هذا ضروب، وكـأنه يريد أن اخـتلاف الروايات عنـه يوهن حديثـه، وقـال طاوس: إن أعلمـهم، يعنى ابن عباس، أخبرنى أن النبى ﷺ لم ينه عنه ولكن قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجًا معلومًـا» رواه البخارى ومسلم، وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه، فكيف يجوز نـسخ أمر فعله رسـول الله ﷺ حتى مات وهو يفـعله ثم أجمع عليـه خلفاؤه وأصحابـه بعده؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخـالفه غيره، ورجـوع ابن عمر إليه يحـتمل أنه رجع عن شىء من المعامـلات الفاسدة التى فسرها رافع فى حـديثه، وأما غير ابن عمـر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحـمله على أنه غلط فى روايته، والمعنى يدل على ذلك فإن كثيرًا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسـقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير

ولنا: السنة والإجماع، ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم: إنها إجارة غير صحيح، إنما هو عقد على العمل فى المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكروه بالمضاربة، فإنه يعمل فى المال بنمائه وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، وهذا فى معناه، ثم قد جوز الشارع العقد فى الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما فى إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر[٧]، وهذا عام فى كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجرة غير النخيل، وقد جاء فى لفظ بعض الأخبار أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر[*]، ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة على ما ذكرناه.

من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر، ففى تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز كالمضاربة بالأثمان، فأما قياسهم فيبطل بالمضاربة فإنه يعمل فى المال بنمائه وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، وهذا فى معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد فى الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما فى إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، وهذا عام فى كل ثمر ولا تكاد بلد ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل، وقد جاء فى لفظ بعض الأخبار أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، رواه الدارقطنى، ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فأشبه النخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها، وإنما العلة ما ذكرناه.

---

(٧) تقدم برقم (١).

(*) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٦٨) من طريق ابن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر أهلها على النصف نخلها وأرضها. والحديث إسناده ضعيف فيه الحكم بن عتيبة لم يسمع عن مقسم إلا أربعة أحاديث، وابن أبى ليلى هذا هو محمد بن عبد الرحمن وهو ضعيف. وللحديث شواهد: الأول أخرجه ابن ماجه (١/ ح١٨٢) والثانى الحديث المتقدم برقم (١) فى نفس الباب والحديث صحيح بها، والله أعلم.

فــــصل: فأما مـا لا ثمر له من الشجـر كالصفصاف والجـوز ونحوهما، أو له ثمـر غير مقصـود كالصنوبر والأرز فلا تجوز المســاقاة عليه ، وبه قال مالك والشافـعى، ولا نعلم فيه خلافًا، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمـرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقـه كالتوت والورد، فالقياس يقـتضى جواز المساقـاة عليه، لأنه فى معنى الثمر، لأنه نمـاء يتكرر كل عام ويمكن أخذه، والمســاقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه.

فـصل: وإن ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين: إحداهما: تجوز، وهو اخـتيـار أبى بكر، وهو قـول مالك، وأبـى يوسف، ومحـمـد، وأبى ثور وأحد قـولى

فـصل: فأما ما لا ثمر له كالصفصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والأرز فلا تجوز المســاقاة عليه ، وبه قال مالك والشافعى، ولا نعلم فيه خلافًا، لأنه غير منصوص عليه ولا فى معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنمـا تجوز بجزء من الثمرة، وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقـه أو زهره كالتوت والورد فالقياس يقتضى جـواز المساقاة عليه، لأنه فى معنى الثمر، لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه.

2- **مـسـألة:** (وتصح بلفظ المســاقاة) لأنه موضوعها حقيقة وبلفظ المعاملة، لقوله فى الحـديث: عامل أهل خـيـبر على شطر مـا يخـرج منها، وتصح بكـل ما يؤدى مـعناها من الألفاظ، نحو فـالحتك، واعمل فى بستانى هذا حـتى تكمل ثمرته، وما أشبهـه، لأن القصد المعنى، فإذا أتى بأى لفظ دل عليه صح كالبيع.

3- **مسألة:** (وتصح بلفظ الإجارة فى أحد الوجهين).

لأنه مؤدٍّ للمعنى فصح به العقد كـسائر الألفاظ المتفق عليها، **والثـانى:** لا تصـح، وهو اختيـار أبى الخطاب، لأن الإجارة يشترط لها كـون العوض معلومًا وتكون لازمة، والمـساقاة بخلافه، والأول أقيس لما ذكرنا.

4- **مـسألة:** (وقد نص أحمد فى رواية جماعـة فيمن قال: أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها، أنه يصح، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب).

فمـعنى قوله: أجـرتك هذه الأرض بثلث أى زارعتك عليـها بثلث، عـبر عن المـزارعة بالإجارة على سبيل المجاز، كما يعبـر عن الشجاع بالأسد، فعلى هذا يكون نهيه ﷺ عنها بثلث أو ربع إنما ينصـرف إلى الإجارة الحقيـقية لا عن المزارعـة، وقال أكثر أصـحابنا: هى إجارة، لأنها مـذكورة بلفظها فـتكون إجارة حقيقـية، وتصح ببعض الخـارج من الأرض كما تصح بالدراهم، قال شيخنا: والأول أقيس وأصح لما سبق.

5- **مسألة:** (وهل تصح على ثمرة موجودة على روايتين): إحداهما: تجوز، اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبى يوسف ومحمد وأبى ثور وأحـد قولى الشافعى، لأنها إذا جازت مع

الشافعى، لأنها إذا جازت فى المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وإنما تصح إذا بقى من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقى وإصلاح الثمرة، فإن بقى ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف، **والثانية**: لا تجوز، وهو القول الثانى للشافعى، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص، فإن النبى ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن هذا يفضى إلى أن يستحق بالعقد عوضًا موجودًا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل فى المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح، كما لو استأجره على العمل بذلك.

وقولهم: إنه أقل غررًا، قلنا: الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة فى محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئًا، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضًا موجودًا ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس فى معناه إلحاقًا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح.

كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وإنما تصح إذا بقى من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأبير والسقى وإصلاح الثمرة، فإن بقى ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف **والثانية**: لا يجوز، وهو القول الثانى للشافعى، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص، فإنه النبى ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر، ولأن هذا يفضى إلى أن يستحق بالعقد عوضًا موجودًا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى، فلم يصح، كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل فى المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة، ولأن هذا يجعل إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح، كما لو استأجره على العمل بذلك، وقولهم: إنها أقل غررًا، قلنا: قلة الغرر ليس من المقتضى للجواز، ولا كثرته الموجودة فى محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئًا، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضًا موجودًا، ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس فى معناه إلحاقًا به، كما لو بدا صلاح الثمرة وكالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الأول قال: نص النبى ﷺ على المساقاة على الثمرة المعدومة بجزء منها تنبيهًا على جوازها على الموجودة لما ذكرنا، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح، لأنها لا تحتاج إلى عمل، وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها، فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه، لكون العمل لا يزيد فى الثمرة بخلاف الرواية الأولى، فإن العمل يزيد فيها فافترقا.

فـصل: فأما قـول الخرقى: (بجزء معلوم يجعل لـلعامل من الثمر) فيدل على شيئين: أحدهما: أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث، لحديث ابن عمر: عامل أهل خـيبر بشطر ما يخرج منها، وسواء قلّ الجزء أو كـثر، فلو شرط للعامل جزءًا من مائة جـزء، وجعل جزءًا منها لنفسه والباقى للعامل جاز، مـا لم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كـالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز، لأنه إذا لم يكن معلومًا لم تكن القسمة بينهما، ولو ساقاه على آصع معلومة، أو جعل مع الجزء المعلوم آصعًا لم تجز، لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر، أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل، وإن شرط له ثمـر نخلات بعينها لم يجز، لأنها قد لا تحمل فتكون الثمـرة كلها لرب المال، وقد لا تحـمل غيرها فتكون الثـمرة كلها للعـامل، ولهذه العلة نهى النبى ﷺ عن المزارعة التى يجعل فيها لرب الأرض مكانًا معينًا وللعامل مكانًا معينًا.

قال رافع: كـنا نكرى الأرض أن لنا هذه ولهم هذه فربمـا أخرجت هذه ولم تـخرج هذه فنهـانا عن ذلك، فأمـا الذهب والورق فلم ينهنا[٨]، متفق عليـه، فمتى شرط شـيئًا من هذه

فـصل: وإذا ساقاه على ودى النخل أو صغار الشجر إلى مـدة يحمل فيها غالبًا بجزء من الثمرة صح، لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر، وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف، وفيه الأقسام التى نذكرها فى كبـار النخل والشجر، فإن قلنا: المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة، وإن قلنا: هو لازم اشترط ذكر المدة، وسنذكره.

6- مسألة: (وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح).

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صـغار الشجر على ما بينته، قال أحمد فى رواية المروذى فيمن قال لرجل: اغرس فى أرضى هذه شجرًا أو نخلاً فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهمًا من كذا وكذا، فأجـازه، واحتج بحديث خيبر فى الزرع والنخل، لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط فى المزارعة كون البذر من رب الأرض، فإن كان من العـامل خرج على الروايتـين فى المـزارعة إذا شـرط البذر من العـامل، وقال القـاضى: المعاملة باطلة، وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها، وبين تركها فى أرضه ويدفع إليه قيـمتها كالمشـترى إذا غرس فى الأرض ثم جاء الشفيع فـأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها، لأنه ملكه فلم يمنع من تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغرس ودفع أجر الأرض جاز.

فـصل: ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز، ويحتمل الجواز بناء على المزارعـة، فإن المزارع يبـذر الأرض فتكون بينه وبين صـاحب الأرض وهذا نظيره،

---

(٨) أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ١١٨٣/ ١١٧) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٥٨) بدون قوله: «الذهب».

الشروط الفاسد فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال، لأنها نماء ملكه، وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة، **الثاني**: أن الشرط للعامل، لأنه إنما يأخذ بالشرط، فالشرط يراد لأجله، ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال: ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح، وكان الباقى لرب المال، وإن قال: على أن لى ثلث الثمرة، فقال ابن حامد: يصح والباقى للعامل، وقيل: لا يصح، وقد ذكرنا تعليل ذلك فى المضاربة، وإن اختلفا فى الجزء المشروط لمن هو منهما، فهو للعامل، لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا.

فصل: إذا كان فى البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم، وخمس الرمان، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح، لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر، وإن لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما، لم يجز، لأنه قد يكون أكثر ما فى البستان من النوع الذى شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير، ولو قال: ساقيتك على هذه البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح، لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال: بعتك دارىَّ هاتين:

فأما إن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهًا واحدًا، وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد، ولا نعلم فيه مخالفًا، لأنه يشترط اشتراكهما فى الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر أو النخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط فى المزارعة كون الأرض، والزرع بينهما.

فصل: ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحديث ابن عمر فى خيبر، وسواء قل الجزء أو كثر فلو جعل للعامل جزءًا من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقى للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يجز، لأنه إذا لم يكن معلومًا لم يمكن القسمة بينهما، ولو جعل له آصعًا معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم آصعًا لم يجز، لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل، وكذلك إن شرط له ثمر شجر بعينه، لأنه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها، ولهذه العلة نهى النبى ﷺ عن المزارعة التى يجعل فيها لرب الأرض مكانًا معينًا وللعامل مكانًا معينًا، قال رافع: كنا نكترى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه، فمتى شرط شيئًا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال، لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

فصل: ولا يحتاج أن يشرط لرب المال، لأنه يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال: ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقى لرب المال، وإن قال: على أن لى ثلث الثمرة، فقال ابن

هذه بألف وهذه بمــائة، وإن قــال: بالنصف من أحــدهمــا والثلث من الآخــر لم يصح، لأنه مجهــول لا يدرى أيهما الذى يستــحق نصفه، ولا الذى يستــحق ثلثه، ولو ساقاه علــى بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح، لأنهما كبستانين.

فــصــل: وإن كان البستــان لاثنين فساقيا عاملاً واحداً عــلى أن له نصف نصيب أحدهما، وثلث نصيب الآخر، والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كــان له أن يشرط ما اتفقا عليه، وإن جهل نصيب كل

حامد: يصح، وقــيل: لا يصح، وقد ذكرنا تعليل ذلك فى المضاربة، وإن اخــتلفا فى الجزء المشروط فــهو للعامل، لأنه إنما يســتحق بالشرط كما ذكــرنا، فإن اختلفا فى قــدر المشروط للعامل فقــال ابن حامد: القول قول رب الــمال، وقال مالك: القول قــول العامل إذا ادعى ما يشبه، لأنه أقوى سببًا لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا فى الــمضارب رواية أن القول قوله إذا ادعى أجر المثل فــيخرج هــهنا مثــله، وقال الشافعى: يتحــالفان، وكذلك إن اختلفا فــيما تناولته المساقاة من الشجر.

ولنا: أن رب المــال منكر للزيادة التى ادعــاها العــامل فكان القــول قــوله، فإن كــان مع أحدهما بينة حكم بها، وإن كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج، فإن كان الشــجر لاثنين فــصدق أحــدهما العامل وكــذبه الآخر أخــذ نصيــبه ممــا يدعيــه من مال المصدق، وإن شهد على المنكر قبلت شهــادته إذا كان عدلاً، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعًا ولا يدفع عنهــا ضرراً ويحلف مع شاهده، وإن لم يــكن عدلاً كانت شــهادته كعــدمهــا، ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا.

فــصل: وإذا كان فى البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهمــا يعرفــان قدر كل نوع صح، لأن ذلك كثــلاثة بساتين ســاقاه على كل بستــان بقدر مــخالف للقــدر المشروط من الآخــر، وإن لم يعلما قــدره أو أحدهمــا لم يجز للجهالة، ولو قال: ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح، لأنها صفقــة واحدة جمعت عوضــين فصار كقوله: بعــتك دارىَّ هاتين هذه بألف وهذه بمائة، وإن قال: بالنصف من أحدهما والثلث من الآخــر ولم يعينه لم يصح للجهالة، لأنه لا يعلم الذى يستــحق نصفه، ولو ساقــاه على بستان واحد، نصــفه هذا بالنصف ونصفــه هذا بالثلث وهما متميزان صح، لأنهما كبستانين.

فــصــل: فإذا كان البســتان لاثنين فساقيا عاملاً واحــداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر، والعــامل عالم ما لكل واحد منهــما جاز ، لأن عــقد الواحــد مع الاثنين عقدان، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كــان له أن يشترط ما اتفقا عليه، وإن جعل نصيب كل

واحد منهما لم يجز، لأنه غرر، فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فأما إن شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز، وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما، لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالا: بعناك دارنا هذه بألف، ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز، لأنه أى نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح، كذلك هنهنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز، ويجوز أن يشرط لهما التساوى فى النصيب، ويجوز أن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر.

فصل: ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له فى الأولى النصف وفى الثانى الثلث وفى الثالثة الربع جاز، لأن قدر ماله فى كل سنة معلوم فصح، كما لو شرط له من كل نوع قدراً.

فصل: ولو دفع إلى الرجل بستانًا فقال: ما زرعت فيه من حنطة فلى ربعه، وما زرعت من شعير فلى ثلثه، وما زرعت من باقلا فلى نصفه، لم يصح، لأن ما يزرعه من كل واحد من هذه الأصناف مجهول القدر، فجرى مجرى ما لو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الآخر، وهو جاهل بما فيه منهما، وإن قال: إن زرعتها حنطة فلى ربعها، وإن زرعتها شعيراً فلى ثلثه، وإن زرعتها باقلاً فلى نصفه لم يصح أيضًا، لأنه لا يدرى ما يزرعه، فأشبه ما لو قال: بعتك بعشرة صحاح، أو أحد عشرة مكسرة، وفيه وجه آخر أنه يصح بناء على قوله فى الإجارة إن خطته روميّا فلك درهم، وإن خطته فارسيّا فلك نصف درهم، فإنه

واحد منهما لم يجز، لأنه غرر، فإنه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فأما إن شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما، لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر، فهو كما لو قالا: بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز، لأنه أى نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز، ويجوز أن يشرط لهما التساوى فى النصيب، وأن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر.

فصل: ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له فى الأولى النصف، وفى الثانية الثلث، وفى الثالثة الربع جاز، لأنه قدر ماله فى كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدراً.

فصل: ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية، أو بالصفة التى لا يختلف معها كالبيع، وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح، لأنه عقد على مجهول أشبه البيع، وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح، لأنها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على غير معين كالبيع.

فصل: وتصح على البعل كما تصح على السقى، وبه قال مالك، ولا نعلم فيه خلافًا عند من يجوز المساقاة، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة فى ذلك كدعائها إلى المعاملة فى غيره فيقاس عليه.

يصح فى المنصوص عنه، فيخرج هـهنا مثله، وإن قال: ما زرعتها من شىء فلى نصفه صح، لأن النبى ﷺ ساقى أهل خيبر بشـطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع(٩)، ولو جـعل له فى المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشـعير وثلثى الباقلا، وبيَّنا قـدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع، إما بتـقدير البذر، وإمـا بتقدير المكان وتعـيينه أو بمسـاحته مـثل أن قال: تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعـيرًا، وتزرع مدين حنطة ومدين شعـيرًا، أو تزرع قفيزًا حنطة وقـفيزين شعيرًا جاز، لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به.

فـصل: وإن ساقـاه على أنه إن سقى سَيْـحًا فله الثلث، وإن سقى بكلـفة فله النصف لم يـصـح، لأن العمل مجهول والنصيب مجهول، وهو فى مـعنى بيعتين فى بيعة، ويتخرج أن يصح قياسًا على مسألة الإجارة، ولو قال: لك الخمسان إن كانت عليك خسارة، وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربـع لم يصح، نص عليه أحمد، وقال: هذا شـرطان فى شرط وكرهه، وهذا فى معنى المسألة التى قبلها، ويخرج فيهـا مثل ما خرج فيها، ولو ساقاه فى هذا الحائط بالثلث على أن يساقـيه فى الحائط الآخـر بجزء معلوم لم يصح، لأنـه شرط عقدًا فـصار فى معنى بيـعتـين فى بيعـة، كقوله: بعـتك ثوبى على أن تبيـعنى ثوبك، وإنما فـسد لمـعنيين: أحدهـما: أنه شرط العقد فى عقدًا آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض فى

7- مسألة: (والمساقاة عقد جائز فى ظاهر كلامه).

وكذلك المزارعة، أومـأ إليه أحمد فى رواية الأثرم، وقد سئل عن الأكـار يخرج من غير أن يخرجـه صاحب الضيعـة لم يمنعه من ذلك، ذكره ابـن حامد، وهو قول بعض أصـحاب الحديث، وقال بعض أصـحابنا: هو لازم، وهو قول أكثر الفـقهاء، لأنه عقد مـعاوضة فكان لازمًا كالإجارة، لأنه لو كان جائزًا كان لرب المال فسخه إذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر.

ولنا: ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسـول الله ﷺ شطر ما يخرج منهـا من زرع أو ثمر، فقـال رسول الله ﷺ: «نقركم على ذلك مـا شئنا»(١) ولو كان لازمًا لم يجز بغيـر تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليـه فى مدة إقرارهم، ولأن النبى ﷺ لو قدر لهم مدة النقل، لأن هذا مـما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله، وعمر رضي الله عنه أجلاهـم من أرض الحجاز وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيـها، ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزًا

---

(٩) تقدم برقم (١) فى نفس الباب.

(١) أخرجـه البخـارى فى الحرث والمـزارعة (٥/ ح٢٣٢٨/ فـتح) ومسلم (٣/ ح٤٣٠٨) وابن مـاجه (٢/ ح٢٤٦٧) والتـرمذى (٣/ ح١٣٨٣) والدارمى (٢/ ح٢٦١٤) وأحـمد فى مـسنده (٢/ ١٧، ٢٢، ٣٧، ١٥٧).

مقابلة معلوم ومجهول، الثـانى: أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط، وإذا سقط وجب رد الجزء الذى تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً.

فصل: وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح ، وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال: ساقيتك على نصيبى بالثلث، وإن سـاقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهى مسـاقاة فاسدة، لأن العامل يستحق نصـفها بملكه، ولم يجعل له فى مقابلة عمله شـيئًا، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العـامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستـعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عـمل فى الشجر بناء على هذا كانت الثمـرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستـحق العامل بعمله شيئًا، لأنه تبرع به لرضاه بـالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له: أنا أعمل فيه بغير شىء، وذكـر أصحابنا وجهًا آخر أنه يستحق أجر مثله، لأن المساقاة تقتضى عوضًا فلا تسـقط برضاه بإسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله.

ولنا: أنه عمل فى مال غيره متبرعًا فلم يستـحق عوضًا كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين: **أحدهـما:** أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته، وهذا فاسد لا

كالمـضاربة، وفـارق الإجارة، لأنها بيع فكانـت لازمة كبـيع الأعيان، ولأن عـوضهـا معلوم أشبهت البـيع، وقياسهم ينتـقض بالمضاربة وهى أشبـه بالمساقاة من الإجارة فـقياسهـا عليها أولى، وقولهم: إنه يفضى إلى أن رب المال يفسخ بعـد إدراك الثمرة، قلنا: إذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيهما فـلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كمـا إذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفـتقر إلى ذكر مدة، لأن النبى ﷺ لم يضرب لأهل خـيبر مدة معلومة ولا خـلفاؤه حين عاملوهم، ولأنه عـقد جائز فلم يفتـقر إلى ضرب مدة كالـمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعـد ظهور الثمرة فهى بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العـمل كما يلزم المضارب بيـع العروض إذا فسخت المضـاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قـبل ذلك فلا شىء له، لأنه رضى بإسقاط حـقه، فهو كعـامل المضاربة إذا فسخ قـبل ظهور الربح وعامل الـجعالة إذا فسـخ قبل إتمام عـمله، فإن فسخ رب المـال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل، لأنه منعه إتمام عمله الذى يستحق به العوض، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال فى المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح، لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثـمرة غالبًا فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فـملك نصيبه منها، وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة، بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح، ولأن الثمرة إذا ظهرت فى الشـجر كان العمل عليها فى الابتـداء من أسباب ظهورها، والربح إذا ظهر فى المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً.

يوجب شيئًا، **والثـانى:** أن الأبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة، والعمل هـهنا يستباح بذلك، ولأن المهـر فى النكاح لا يخلو من أن يكون واجبًا بالعـقد أو بالإصابة أو بهمـا، فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه، لوجهين: **أحدهما:** أن النكاح صحيح وهذا فاسد، **والثانى:** أن العقد هـهنا، لا يوجب، ولو أوجب قبـل العمل، ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئًا، وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليها لوجهين: أحدهـما: أن الإصابة لا تسـتباح بالإباحة والبذل بـخلاف العمل، **والثـانى:** أن الإصابة لو خلت فى العـقد لأوجبت، وهذا بخلافه، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها، فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معًا، فالمساقاة فاسدة، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما، ويتقاصان العمل إن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت، فإن كان قد شرط له فضل ما فى مقابلة عمله استحق ما فـضل له من أجر المـثل، وإن لم يشـترط له شـيئًـا فـلا شىء له إلا على الوجه الذى ذكـره أصحابنا وتكلمنا عليه.

فـصـل: وتصح المساقاة على البعل من الشجر، كمـا تجوز فيما يحتاج إلى سقى، وبهذا قال مالك، ولا نعلم فـيه خلافًا عند من يجوز المـساقاة، لأن الحاجة تدعـو إلى المعاملة فى ذلك كدعائها إلى المعاملة فى غيره فيقاس عليه، وكذلك الحكم فى المزارعة.

8- **مـسألة: (فإن قلنا هى عقد لازم فلا تَصح إلا على مدة معلومة).**

وهذا قول الشافعى، وقال أبو ثور: تصح وتقع عـلى سنة واحدة، وأجازه بعض الكوفيين استـحسانًا، ولأنه لمـا شرط له جزءًا من الثمـرة كان ذلك دليلاً على إرادة مـدة تحصل فيـها الثمرة.

ولنا: أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كـالإجارة، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة، لأنها تقـتضى العـمل على العين مع بقائهـا، ولأنها إذا وقـعت مطلقة لم يمكن حـملها على إطلاقها مع لزومها، لأنها تفضى إلى أن العامل يستبـد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك، ولا يمكن تقديره بالـسنة، لأنه تحكم، وقد تكمل الثمـرة فى أقل من السنة، فعلى هذا لا تـتـقدر أكثر المـدة بل يجوز ما يتفـقان عليه من المدة التى يبـقى الشجر فيـها وإن طالت، وقيل: لا يجوز أكثـر من ثلاثين سنة، وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلاَّ بنص أو إجمـاع، فأما أقل المدة فتقـدر بمدة تكمل فيها الثمرة، ولا يجـوز على أقل منها، لأن المقصود اشتـراكهما فى الثمرة ولا يوجد فى أقل من هذه المدة.

9- **مـسألة: (فإن شرطا مدة لا تكمل فيها لم يصح).**

لذلك فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجرة مثله فى أحد الوجهين، وفى الآخر لا شىء له، لأنه رضى بالعمل بغـير عوض فهو كالمـتبرع، والأول أصح، لأن هذا لم يرض إلاَّ بعوض، وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه إليه، فلما

فصل: ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التى لا يختلف معها كالبيع، فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح، لأنه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع، وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على غير معين كالبيع.

فصل: وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدى معناها من الألفاظ، نحو: عاملتك وفالحتك واعمل فى بستانى هذا حتى تكمل ثمرته، وما أشبه هذا، لأن القصد المعنى، فإذا أتى به بأى لفظ دل عليه صح كالبيع، وإن قال: استأجرتك لتعمل لى هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يصح، ذكره أبو الخطاب، لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه، **والثانى**: يصح، وهو أقيس لأنه مؤدٍّ للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها.

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد: تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل، وما ذكره من شروط الإجارة إنما يعتبر فى الإجارة الحقيقية، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة.

فصل: ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل: حرث

تعذر دفع العوض الذى اتفقا عليه كان له أجر مثله، كما فى الإجارة الفاسدة، بخلاف المتبرع فإنه رضى بغير شىء، وإن لم تظهر الثمرة فلا شىء له فى أصح الوجهين، لأنه رضى بالعمل بغير عوض.

فصل: فإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبًا فلم تحمل تلك السنة فلا شىء للعامل، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء أشبه المضاربة إذا لم يربح فيها، وإن ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه إتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها.

10- **مسألة: (وإن شرطا مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل، ففى صحة المساقاة وجهان)**:

أحدهما: تصح، لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل، والمساقاة جائزة فيه **والثانى**: لا يصح، لأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم فى مثل ذلك، ولأن ذلك غرر أمكن التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها، وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة، فإن الغالب أن الشجر يحمل، واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فإن قلنا: العقد صحيح فله حصته من الثمر، فإن لم يحمل فلا شىء له، وإن قلنا: هو فاسد استحق أجر المثل، سواء حمل أو لم يحمل، لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل، بخلاف ما إذا شرطا مدة لا يحمل فى مثلها، وفيه وجه آخر: أنه لا شىء له كما لو اشترطاه مدة لا يحمل فيها الشجر غالبًا، ومتى خرجت

الأرض تحت الشجر والبقر التى تحرث، وآله الحرث، وسقى الشجر واستقاء الماء، وإصلاح طرق الماء وتنقيتها، وقطع الحشيش المضر والشوك، وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم(١٠)، وقطع ما يحتاج إلى قطعه، وتسوية الثمرة، وإصلاح الأجاجين، وهى: الحفر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل، وإدارة الدولاب، والحفظ للثمر فى الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل كسد الحيطان، وإنشاء الأنهار، وعمل الدولاب وحفر بئره، وشراء ما يلقح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال: كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما لا يتكرر فهو على رب المال، وهذا صحيح فى العمل، فأما شراء ما يلقح به فهو على رب المال، وإن تكرر، لأن هذا ليس من العمل، فأما البقرة التى تدير الدولاب، فقال أصحابنا: هى على رب المال، لأنها ليست من العمل، فأشبهت ما يلقح به، والأولى أنها على العامل، لأنها تراد للعمل، فأشبهت بقر الحرث، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال.

الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها، إذا قلنا بصحة العقد، وإن خرجت بعدها فلا شىء له فيها، ومذهب الشافعى فى هذا قريب مما ذكرنا.

11- مسألة: (وإن مات العامل تمم الوارث، فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته).

وجملة ذلك أنا قد ذكرنا أن ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفتقر إلى ذكر مدة، لأن إبقاءها إليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتج إلى مدة، فإن قدرها بمدة جاز، لأنه لا ضرر فى ذلك، وقد بيناه فى المضاربة والمساقاة مثلها، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة، ويكون الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما، فأما إن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما، لأنه عقد لازم أشبه الإجارة، فإن كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر، لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل، فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فلرب المال الفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه.

12- مسألة: (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهى بينهما، فإن فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة؟ على وجهين).

أما إذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهى بينهما كما إذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح،

---

(١٠) هو تحفيف الكرم من أغصانه الرديئة.

وقال بعض أصحاب الشافعى: ما يتعلق بصلاح الأصول والثمرة معًا كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل، فأما تسميد الأرض بالزبل ـ إن احتاجت إليه ـ فشراء ذلك على رب المال، لأنه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به، وتفريق ذلك فى الأرض على العامل كالتلقيح، وإن أطلقا العقد ولم يبينا ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه، وإن شرطا ذلك كان تأكيدًا، وإن شرطا على أحدهما شيئًا مما يلزم الآخر، فقال القاضى وأبو الخطاب: لا يجوز ذلك، فعلى هذا تفسد المساقاة، وهو مذهب الشافعى، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال.

وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة ذلك، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما، فإن شرطه على العامل جاز، وهذا مقتضى كلام الخرقى فى المضاربة، لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصحَّ، كتأجيل الثمن فى المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلومًا، لئلا يفضى إلى التنازع والتواكل فيختل العمل، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل، لأن العامل يستحق بعمله، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئًا.

فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل واستؤجر من يعمل ذلك، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا، فإن كان قد بدا صلاحها خُيِّر المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز، وإن اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل، وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقى على العامل يستأجر من يعمله والباقى لورثته، وإن كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضًا فإن بيع لأجنبى لم يجز إلا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده، لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك إلا بإذنه، وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين: **أحدهما**: لا يجوز كالأجنبى **والثانى**: يجوز كما إذا باع نخلاً مؤبرًا جاز للمشترى أن يبتاع الثمرة التى للبائع من غير شرط القطع، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل، إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل، فأما إن فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الأجر فى **أحد الوجهين**، لأنه عمل بعوض لم يصح له فكانت له الأجرة كما لو فسخ بغير عذر **والثانى**: لا شىء له، لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة.

13- مسألة: (وكذلك إن هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات).

إن كان العقد جائزًا فلرب الأرض الفسخ، وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالاً أو أمكنه

فـصل: فأما الجذاذ والحصـاد واللقاط فهو على العامل ، نص أحمد عليه فى الحصاد، وهو مذهب الشـافعى، لأنه من العمل فـكان على العامل كالتـشميس. وروى عن أحـمد فى الجذاذ أنه إذا شـرط على العامل فـجائز، لأن العمل عليـه، وإن لم يشرطه فـعلى رب المال بحصته مـا يصير إليه «وعلى العامل بحصته مـا يصير إليه»(١١) فظاهر هذا أنه جـعل الجـذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل، وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن: تفسد المساقـاة بشرطه على العامل، لأنه شرط ينافى مقـتضى العقد، واحتج من جعله عليـهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة، فأشبه نقله إلى منزله.

ولنا: أن النبى ﷺ دفع خيبر إلى يهـود على أن يعملوها من أموالهم(١٢) ، ولأن هـذا من العمل فيكون عـليه كالتشمـيس، وما ذكروه يبطل بالتشمـيس، ويفارق النقل إلى المنزل، فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد، فأشبه المخزن.

فـــصل: وإن شرط أن يعمـل معه غلمان رب المـال فهو كشرط عـمل رب المال ، لأن عملهم كعمله فإن يد الغلام كيد مولاه، وقال أبو الخطاب فيه وجهان: **أحدهما**: كما ذكرنا، **والثـانى**: يجوز، لأن غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبـعًا لماله كثور الدولاب، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بـهيمة يحمل عليـها، وأما رب المال لا يجوز جـعله تبعًا، وهذا قول مـالك والشافعى ومحـمد بن الحسن، فإذا شـرط غلمانًا يعملون مـعه فنفقتـهم على ما

الاقتراض عليه من بيت المال أو غيـره فعل، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل، فإن تعذر ذلك فلرب المال الفسخ لما ذكرنا، وأما الميت فلا يقترض عليه، لأنـه لا ذمة له، والأولى فى هذه الصورة أن لا يـكون للعامل أجرة، لأنه تـرك العمل اختيارًا منه فلم يكن له أجرة، كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه.

14- مسألة: (فإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إشهاد رجع به وإلا فلا) .

وقد ذكرنا أن لرب المال الفسخ، فإن اختار البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجـوع رجع بما أنفق، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه مضطر، وإن أمـكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولـم يستأذنه فهل يرجع

---

(١١) أثبتناه: من المطبوعة.

(١٢) أخرجه البـخارى (٥/ ح٢٣٣١/ فتح) من حديث ابن عـمر بلفظ: أن رسول الله ﷺ أعطى خـيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. . .اهـ. وأخرجه فى كتاب الشروط (٥/ ح٢٧٣٠) من حديث عمـر بن الخطاب الطويل الذى أجلى فيه اليهود عن خـيبر. . . بلفظ فى أوله: أن رسول الله ﷺ عـامل يهود خيبـر على أموالهم. . . وساق الحـديث. . . مسلم (٣/ مسـاقاة/ ١١٨٧/ ٥) من حديث ابن عمر.

يشترطان عليه، فإن أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهى على رب المال، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: نفقتهم على المساقى، ولا ينبغى أن يشرطها على رب المال، لأن العمل على المساقى فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه.

ولنا: أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره، فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها، وبه قال الشافعى.

وقال محمد بن الحسن: يشترط تقديرها، لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلومًا كسائر الشروط.

ولنا: أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها، ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها، ولا بد من معرفة الغلمان عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما فى عقد الإجارة.

فصل: وإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر **الأجرة لم يصح**، لأن العمل عليه، فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله، وإن لم يقدره فسد لذلك، ولأنه مجهول، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم، لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسألتنا.

بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالإنفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء.

فصل: قال رحمه الله: **(ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقى والحرث والزبار والتفليح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع الشمس).**

وجملة ذلك أنه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، من حرث الأرض تحت الشجرة، والبقر التى تحرث، وآلة الحرث، وسقى الشجر، واستقاء الماء، وإصلاح طرق الماء، وقطع الحشيش المضر والشوك، وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم، وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمرة، وإصلاح الأجاجين وهى الحفر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل، وإدارة الدولاب، وحفظ الثمر فى الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، لأن إطلاق عقد المساقاة يقتضى ذلك فإن موضوعها على أن العمل من العامل.

15- **مسألة: (وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل من شد الحيطان وأجر الأنهار وحفر البئر والدولاب وما يديره).**

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد، وإن شرطا ذلك كان تأكيدًا، وقيل: ما يتكرر

فصل: ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة، أومأ إليه فى رواية الأثرم، وسئل عن الأكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك، ذكره الشيخ أبو عبدالله بن حامد، وهو قول بعض أصحاب الحديث، وقال بعض أصحابنا: هو عقد لازم، وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه عقد معاوضة فكان لازمًا كالإجارة، ولأنه لو كان جائزًا جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر.

ولنا: ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فقال رسول الله ﷺ: «نقركم على ذلك ما شئنا»(١٣) ولو كان لازمًا لم يجز تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه فى مدة إقرارهم، ولأن النبى ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لم يترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله، وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها، ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزًا كالمضاربة، أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الإجارة، لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان، ولأن عوضها مقدر معلوم، فأشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهى أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى، وقولهم: إنه يفضى إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة، قلنا: إذا ظهرت الثمرة

كل عام فهو على العامل وما لا فلا، قال شيخنا: وهذا صحيح إلا فى شراء ما يلقح به، فإنه على رب المال، وإن تكرر، لأن هذا ليس من العمل، فأما البقرة التى تدير الدولاب فقال أصحابنا: هى على رب المال، لأنها ليست من العمل أشبه ما يلقح به، قال شيخنا: والأولى أنها على العامل، لأنها تراد للعمل أشبهت بقر الحرث، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه، وإن احتاج إليها كغيره من الأعمال، وقال بعض أصحاب الشافعى: ما يتعلق بالأصول والثمرة معًا ككسح النهر هو على من شرط عليه منهما، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة، وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل، فأما تسميد الأرض بالزبل إذا احتاجت إليه فتحصيله على رب المال، لأنه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتفريقه فى الأرض على العامل كالتلقيح.

فصل: فإن شرطا على أحدهما شيئًا مما يلزم الآخر، فقال القاضى وأبو الخطاب: لا يجوز ذلك، فعلى هذا تفسد المساقاة، وهو مذهب الشافعى، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما فإن شرطه على العامل جاز، لأنه شرط لا يخل

---

(١٣)أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١١٨٧/ ٤) وأخرجه البخارى أيضًا فى كتاب الحرث والمزارعة (٥/ ح٢٣٣٨/ فتح) وأبو داود (٣/ ح٣٠٠٨) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٤٩).

فهى تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبى ﷺ ولا خلفاؤه ﷺ لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم، ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فيه بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع الروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شىء له، لأنه رضى بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل، لأنه منعه إتمام عمله الذى يستحق به العوض، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال فى المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح، لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالبًا فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها، وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح، ولأن الثمرة إذا ظهرت فى الشجر كان العمل عليها فى الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر فى المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما إن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح إلا على مدة معلومة، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو ثور: صح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانًا، لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها.

بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح، كتأجيل الثمن فى البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلومًا، لئلا يفضى إلى التنازع فيختل العمل، وأن لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه، لأن العامل إنما يستحق بعمله، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئًا.

فصل: فإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فإن يد الغلام كيد مولاه، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما**: كما ذكرنا، **والثانى**: يجوز، لأن غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعًا لماله كثور الدولاب، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها، وأما رب المال فلا يجوز جعله تبعًا، وهذا قول مالك والشافعى ومحمد ابن الحسن، فإذا شرط غلمانًا يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه، فإن أطلقا فهى على رب المال، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: نفقتهم على المساقى ولا ينبغى أن يشرطها على رب المال، لأن العمل على المساقى فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه.

ولنا: أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره، فإن شرطها على العامل جاز، ولا يشترط تقديرها، وبه قال الشافعى، وقال محمد بن الحسن: يشترط، لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلومًا كسائر الشروط.

ولنا: أنه عقد لازم فـوجب تقديره بمدة كالإجـارة، ولأن المساقاة أشبـه بالإجارة، لأنها تقتضى العمل على العين مع بقائها، ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها، لأنه يفضى إلى أن العامل يـستبد بالشجر كل مدته فيصـير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة، لأنه تحكم، وقد تكمل الثـمرة فى أقل من السنة، فعلى هذا لا تتقدر أكـثر المدة بل يجوز ما يتفـقان عليه من المدة التى يبقى الشـجر فيها، وإن طالت، وقد قـيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، فـأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمـرة فيها، فلا يجوز على أقل منهـا، لأن المقصود أن يشتركـا فى الثمرة، ولا يوجد فى أقل من هذه المدة، فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيهـا الثمرة فالمساقاة فاسدة، فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولـم تكمل فله أجر مثله فى أحد الوجهين، وفى الآخر: لا شىء له، لأنه رضى بالعمل بغير عوض كالمتبرع، فالأول أصح لأن هذا لم يرض إلى بعوض وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء مـوجود غير أنه لا يمكن تسليمه إليـه، فلما تعذر دفع العوض الذى اتفقا عليه إليه كـان أجر مثله كما فى الإجارة الفاسدة، وفارق المتـبرع فإنه رضى بغير شىء، وإن لم تظهر الثمرة فلا شىء له فى أصح الوجهين، لأنه رضى بالعمل بغير عوض، وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبًا فـلم يحمل تلك السنة فلا شىء للعامل، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذى اشترط جزؤه، فأشبـه المضاربة إذا لم يربح فيها، وإن ظهرت الثمرة ولم

ولنا: أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفـاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم، كما فى عقد الإجارة.

فـصل: فإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الأجـرة لم يصح، لأن العمل عليه، فإذا شرط أجرة من المـال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله، وكذلك إن لم يقدره لذلك، لأنه مجهول، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم، لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال، ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح.

16- **مسألة:** (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد).

لأن رب المال ائتمنه فـأشبه المضـارب، فإن اتهم حلف، وإن ثبتت خيـانته ضم إليه من شاء ربه، كالوصى إذا ثبتت خـيانته، فإن لم يمكن حفظه استؤجـر من ماله من يعمل عمله، وبهذا قال الشافعى، وقـال أصحاب مالك: لا يقام غيره مقامـه، بل يحفظ منه، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصود منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.

ولنا: أنه تعذر استـيفاء المنافع المقصودة مـنه فاستوفيت بغيـره كما لو هرب، ولا نسلم إمكان استـيفاء الـمنافع منه، لأنه لا يؤمن من تركهـا ولا يوثق منه بفعلهـا، ولا نقول: إن له فسخ المساقاة، وإنما نقول: لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك

تكمل فله نصيبه منها وعليه إتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها، وإن ساقاه إلى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة، ويحتمل أن لا يكون، ففى صحة المساقاة وجهان: **أحدهما**: تصح، لأن الشجر يحتمل أن يحمل، ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه، **والثانى**: لا يصح، لأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم فى مثل ذلك، ولأن ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة، فإن الغالب أن الشجر يحمل، واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فإن قلنا: العقد صحيح، فله حصته من الثمر، فإن لم يحمل فلا شيء له، وإن قلنا: هو فاسد استحق أجر المثل، سواء حمل أو لم يحمل، لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهًا واحدًا، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل فى مثلها غالبًا، ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد، وإن خرجت بعده فلا حق له فيها، ومذهب الشافعى فى هذا قريب مما ذكرنا.

فصل: ولا يثبت فى المساقاة خيار الشرط، لأنها إذا كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة، فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة لما تقدم، وإن كانت لازمة فعلى وجهين: **أحدهما**: لا يثبت، لأنها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح، **والثانى**: يثبت، لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع.

عنها، لأن الأمانة قد تعذرت فى حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك، وفارق فسقه بغير الخيانة، فإنه لا ضرر على رب المال فيها، وههنا يفوت ماله، فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره، ولا تنزع يده، لأن العمل مستحق عليه، ولا ضرر فى بقاء يده عليه، وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل، والأجرة عليه فى الموضعين، لأن عليه تمام العمل، وهذا من تمامه.

فصل: ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها، فلو تلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما، وهذا أحد قولى الشافعى، **والثانى**: يملكه بالمقاسمة كالمضارب.

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال، وأما القراض فنقول: إنه يملك الربح بالظهور كمسألتنا وإن سلم فالفرق بينهما: أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه، وهذا ليس بوقاية لشيء، فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما، إذا ثبت ذلك فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصابًا، نص عليه أحمد فى المزارعة، فإن لم تبلغ نصابًا إلا بجمعهما لم تجب إلا على قولنا: إن الخلطة تؤثر فى غير السائمة، فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقى، فإن بلغت حصة أحدهما نصابًا دون الآخر، فعلى من بلغت حصته نصابًا الزكاة وحده

فـصل: ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدة، لأن إبقاءها إليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج إلى مدة كالمضاربة، وإن قدرها بمدة جاز، لأنه لا ضرر فى التقدير، وقد تبينا جواز ذلك فى المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا فى المضاربة، فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما، لأنه عقد لازم فأشبه الإجارة، لكن إن كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر، لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل، فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه، ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل واستؤجر من يعمل ذلك، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع، ثم لا يخلو إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد، فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء، فإن اشترى نصيب العامل جاز، وإن اختار بيع نصيبه أيضًا باعه وباع الحاكم نصيب العامل، وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده، وما بقى على العامل من العمل يكترى عليه من يعمله، وما فضل لورثته، وإن كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضًا، فإن بيع لأجنبى لم يجز إلا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده، لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطع على قطع ملك غيره، وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل ـ لقولنا بجوازها ـ وأبى الوارث العمل، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها، ويستأذن الحاكم فى الإنفاق

يخرجها بعد المقاسمة، إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابًا ما يتم به النصاب من موضع آخر فيجب عليهما جميعًا، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذمى، فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابًا، وبهذا كله قال مالك والشافعى، وقال الليث: إن كان شريكه نصرانيًّا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى.

ولنا: أن النصرانى لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شىء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود فى سننه عن عائشة ﵂ قالت: كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص؟ لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق، قال جابر: خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق، وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق.

على الثمرة ويرجع بما أنفق، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسبًا بالرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه، فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن تبرع بالاتفاق لم يرجع بشىء، كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم هٰهنا سواء.

فصل: وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ، لأنه عقد جائز، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالاً وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل فإن لم يجد فلرب المال الفسخ، أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له.

فصل: والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب، فإن اتهم حلف، فإن ثبتت خيانته بإقرار أو بينة أو نكوله ضُم إليه من يشرف عليه، فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله، وبهذا قال الشافعى، وقال أصحاب مالك: لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.

ولنا: أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب، ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه، لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها، ولا نقول: إن له فسخ المساقاة، وإنما نقول: لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها، لأن الأمانة قد تعذرت فى حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك، وفارق فسخه بغير الخيانة، فإنه لا ضرر على رب المال، وهٰهنا يفوت ماله.

فصل: فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده، لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر فى بقاء يده عليه، وإن عجز بالكلية قام مقامه من يعمل والأجرة عليه فى الموضعين، لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيته.

فصل: وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال، لأنه يجب على الرقبة بدلة أليل تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر، ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضًا وزارع غيره فيها، وبه قال الشافعى، وقد نقل أحمد فى الذى يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهى من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدى وظيفة عمر ﷺ ويؤدى العشر بعد وظيفة عمر، وهذا معناه ـ والله أعلم ـ إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدى خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكى ما بقى، كما ذكر الخرقى فى باب الزكاة، ولا تنافى بين ذلك وبين ما ذكرناه هٰهنا.

فصل: وإن اختلفا فى الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال، ذكره ابن حامد، وقال مالك: القـول قول العامل إذا ادعى ما يشبه، لأنه أقـوى سببًا لتسلمـه للحائط والعمل، وقال الشافعى: يتحالفان، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر.

ولنا: أن رب المـال منكر للزيادة التى ادعاها العـامل فيكون الـقول قوله لـقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» (١٤) فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها، وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففى أيهما تقدم بينته؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج، فإن كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق، فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعًا ولا يدفع ضررًا، ويحلف مع شاهده، وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحدًا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضًا لما ذكرنا.

فــــصل: ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها إلا واحـدة كانت بينهما وهذا أحد قولى الشافعى، والثانى: يملكه بالمقاسمة كالقراض.

ولنا: أن الشرط صحيح فـيثبت مقتضاه كسـائر الشروط الصحيحة، ومقتـضاه كون الثمرة بينهما على كل حـال، لأنه لم يملكها قبل القسمـة لما وجبت القسمة ولا ملكهـا كالأصول، وأما القراض فإنه يملك الربح فـيه بالظهور كمسألتنا، ثم الفـرق بينهما: أن الرِبح وقاية لرأس المـال فلم يملك حـتى يسلم رأس المـال لربه، وهذا ليس بـوقاية لشـىء، ولذلك لو تلفت

فصل: ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحـدث من النماء بقـدر تلك الدراهم فيضـر برب المال، ولذلك منعنا من اشـتراط أقفزة معلومة، فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التى ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذى ساقاه عليـه لم يجز، وكذلك لو شرط عليه عـملاً فى غير الشجر الذى سـاقاه عليه، أو عملاً فى غير السنة، فهذا يفسد العقد، سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه، لأنه يخالف موضـوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل فى شجر مـعين بجزء مشاع من ثمرته فى ذلك الوقت الذى يستحق عليه فيه العمل.

---

(١٤) بهذا اللفظ: أخرجه الترمذى (٣/ ح ١٣٤١) وقال أبو عيـسى: فى إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العزرمى يضـعف فى الحديث من قبل حفظه، ضـعفه ابن المبـارك وغيره، والبيـهقى فى السنن (٨/ ٢٧٩) وهذا إسناد غير مـتصل، إنما هو قول الشـافعى، وأخرجه أيضًـا (١٠/ ٢٥٣) وقال: قال أبو القاسم: لم يروه عن سـفيان إلا الفـريابى، وقال البيـهقى (١٠/ ٢٥٤) بعد ذكـر الحديث روت من أوجه آخر كلها ضـعيفة وهذه الزيادة «البينة على المدعى» خطأ عند من تـتبع رواية الجماعة عن نافع عن ابن عمر لم يذكروها، والصحيح هو ما تقـدم فيما تقدم تخريجه برقم (12) شرح المـجلد الرابع من كتاب الرهن.

الأصول كلها كانت الثمرة بينهما، فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصابًا، نص عليه أحمد فى المزارعة، وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب، لأن الخلطة لا تؤثر فى غير المواشى وفى الصحيح، وعنه: أنها تؤثر، فتؤثر هاهنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقى، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصابًا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابًا الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابًا ما يتم به النصاب من مواضع أخر فتجب عليهما جميعًا الزكاة، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابًا فعليه الزكاة فى حصته، وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمى فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابًا، وبهذا كله قال مالك والشافعى، وقال الليث: إن كان شريكه نصرانيًا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى.

ولنا: أن النصرانى لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شىء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود فى السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخيِّر يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم

فصل: **إذا ساقاه رجلٌ أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجز،** وبه قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين.

ولنا: أنه عامل فى المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب، ولأنه إنما أذن له فى العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل، فأما إن استأجر أرضًا فإنه يزارع غيره فيها، لأن منافعها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك، والأجرة على المستأجر دون المزارع، كما ذكرنا فى الخراج، وكذلك يجوز لمن فى يده أرض خراجية أن يزارع فيها، لأنها كالمستأجرة، وللموقوف عليه أن يزارع فى الوقف ويساقى على شجره، لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافًا عند من أجاز المساقاة والمزارعة.

فصل: **وإن ساقاه على شجر فبان مستحقًا بعد العمل أخذه ربه وثمرته،** لأنه عين ماله ولا حق للعامل فى ثمرته، لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله، لأنه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم، وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها، وإن نقصت فله أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فللمالك تضمين من شاء منهما، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع، فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه، لأن التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشىء، لأنه غره فلم يرجع

يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق(١٥)، قال جابر: خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خبرهم ابن رواحة أخذوا التمر(*)، وعليهم عشرون ألف وسق.

فصل: وإن ساقاه على أرض خراجية فالخارج على رب المال، لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر، ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضًا وزارع غيره فيها، وبهذا قال الشافعى، وقد نقل عن أحمد فى الذى يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهى من أرض السواد يتقبلها من السلطان، فعلى من يقبلها أن يؤدى وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدى العشر بعد وظيفة عمر، وهذا معناه - والله أعلم - إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدى خراجها فإنه يبدأ فيؤدى خراجها ثم يزكى ما بقى، كما ذكره الخرقى من باب الزكاة، ولا تنافى بين ذلك وبين ما ذكرناه هـهنا إن شاء الله تعالى.

٨٨٧- **مسألة:** قال: **(ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم).**

يعنى: إذا شرط جزءًا معلومًا من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف، لأنه ربما لم يحدث من النماء ما يساوى تلك الدارهم فيتضرر رب المال، ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة، ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك، ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التى ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذى ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً فى غير الشجر الذى ساقاه عليه أو عملاً فى غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك

عليه كما لو أطعم إنسانًا شيئًا، وقال: كله فإنه طعامى ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن العامل، احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة، لأنه ما قبض الثمرة كلها، وإنما كان مراعيًا لها وحافظًا لا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها، ويحتمل أن يضمنه الكل، لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق، فإن ضمنه الكل رجع على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير، وإن تلفت الثمرة فى شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضًا لها بثبوت يده على حائطها قال: يلزمه ضمانها، ومن قال: لا يكون قابضًا إلا بأخذ نصيبه منها قال: لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب.

---

(١٥) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٤١٣) وأحمد فى مسنده (٦/ ١٦٣) والبيهقى (٤/ ١٢٣) من طريق ابن جريج قال: أخبرت عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: ... فذكرت الحديث، والحديث إسناده ضعيف، لأن فيه انقطاع بين ابن جريج وابن شهاب، ولكن للحديث شواهد ذكرها الألبانى فى الإرواء (٨٠٥).

(*) فى المطبوعة: «الثمرة».

كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه، لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل فى شجر معين بجزء مشاع من ثمرته فى ذلك الوقت الذى يستحق عليه فيه العمل.

فصل: **وإذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجز ذلك،** وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور، وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين.

ولنا: أنه عامل فى المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب، ولأنه إنما أذن له فى العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل، فأما إن استأجر أرضًا فله أن يزارع غيره فيها، لأنها صارت منافعها مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك، والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا فى الخراج، وكذلك يجوز لمن فى يده أرض خراجية أن يزارع فيها، لأنه بمنزلة المستأجر لها، وللموقوف عليه أن يزارع فى الوقف ويساقى على شجرة، لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك، ولا نعلم فى هذا خلافًا عند من أجاز المساقاة والمزارعة، والله أعلم.

فصل: **وإذا ساقاه على وَدِىِّ النخل**(١٦) **أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالبًا يكون له فيها جزء من الثمرة معلوم صح** لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها، كما لو جعل له سهمًا من ألف سهم، وفيه الأقسام التى ذكرنا فى كبار النخل والشجر وهى أننا إن قلنا: المساقاة عقد جائز لم نحتج إلى ذكر مدة، وإن قلنا: هو لازم، ففيه ثلاثة أقسام: أحدها: أن يجعل المدة زمنًا يحمل فيه غالبًا فيصح، فإن حمل فيها

17- مسألة: **(وإن شرط إن سقى سيحًا فله الربع، وإن سقى بكلفه فله النصف، أو إن زرعها شعيراً فله الربع، وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح فى أحد الوجهين)**

لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو فى معنى بيعتين فى بيعة، **والثانى:** يصح بناء على قوله فى الإجارة: إن خطته روميًا فلك درهم وإن خطته فارسيًا فلك نصف درهم، فإنه يصح فى المنصوص عنه وهذا مثله، فأما إن قال: ما زرعتها من شىء فلى نصفه، صح، لأن النبى ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، ولو جعل له فى المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثى الباقلا وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع، إما بتقدير البذر أو تقدر المكان وتعيينه، مثل أن يقول: تزرع هذا المكان قمحًا وهذا شعيرًا أو تزرع مدين حنطة ومدى شعير جاز لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به.

18- مسألة: **(وإن قال: ما زرعت من شعير فلى ربعه وما زرعت من حنطة فلى نصفه، لم يصح)**

لأن ما يزرعه من كل واحد منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما.

---

(١٦) ودى النخل: «صغاره».

فله ما شرط له، وإن لم يحمل فيها فلا شىء له، **والثانى**: أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالبًا فلا يصح، وإن عمل فيها فهل يستحق الأجر؟ على وجهين، وإن حمل فى المدة لم يستحق ما جعل له، لأن العقد وقع فاسدًا فلم يستحق ما شرط فيه، **والثالث**: أن يجعل المدة زمنًا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين، فإن قلنا: لا يصح استحق الأجر، وإن قلنا: يصح فحمل فى المدة استحق ما شرط له، وإن لم يحمل فيها لم يستحق شيئًا، وإن شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح، لأن موضوع المساقاة أن يشتركا فى النماء والفائدة، فإذا شرط اشتراكهما فى الأصل لم يجز، كما لو شرط فى المضاربة اشتراكهما فى رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله، وكذلك لو جعل له جزءًا من ثمرتها مدة بقائها لم يجز، وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز، لأنه يخالف موضوع المساقاة.

فصل: وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضًا، والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه.

وقد قال أحمد فى رواية المروذى فى رجل قال لرجل: اغرس فى أرضى هذه شجرًا أو نخلاً فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهمًا من كذا وكذا، فأجازه بحديث خيبر فى الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط فى المزارعة كون البذر من رب الأرض، فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر فى المزارعة

19- مسألة: (ولو قال: ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع، لم يصح وجهًا واحدًا).

لأنه يشرط عقدًا فى عقد فصار فى معنى قوله: بعتك هذا على أن تبيعنى هذا وتشترى منى هذا، وإنما فسد لمعنيين: **أحدهما**: أنه شرط فى العقد عقدًا آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض فى مقابلة معلوم ومجهول، **والثانى**: أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط، وإذا سقط وجب رد الجزء الذى تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً.

فصل: ولو قال: لك الخمسان إن كانت عليك خسارة، وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح، نص عليه أحمد، وقال: هذا شرطان فى شرط وكرهه، قال شيخنا: ويخرج فيها مثل ما إذا شرط إن سقى سيحًا فله الربع وإن سقى بكلفة فله النصف.

فصل: وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثى الثمرة صح، وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال: ساقيتك على نصيب بالثلث، وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهى مساقاة فاسدة، لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له فى مقابلة عمله شيئًا، وإذا

من العامل، وقال القاضى: المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له أرش نقصها وبين إقرارها ويدفع إليه قيمتها كالمشترى إذا غرس فى الأرض التى اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها، لأنه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز على ما سبق، ويحتمل الجواز بناء على المزارعة، فإن المزارع يبذر فى الأرض فيكون بينه وبين صاحب الأرض، وهذا نظيره، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجهًا واحدًا، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد، ولا نعلم فيه مخالفًا، لأنه شرط اشتراكهما فى الأصل فسد، كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط فى المزارعة كون الأرض والزرع بينهما.

فصل: وإن ساقاه على شجر فبان مستحقًا بعد العمل أخذه ربه وثمرته، لأنه عين ماله ولا حق للعامل فى ثمرته، لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها، ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غيره واستعمله فلزمه الأجر، كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم، وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها، وإن نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فلربها تضمين من شاء منهما، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه، ويضمن العامل قدر نصيبه، لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع، فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه، لأن التلف وجد فى يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشىء، لأنه غره فلم يرجع

شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عمل فى الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئًا، لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض أشبه ما لو قال له: أنا أعمل فيه بغير شىء، وذكر أصحابنا وجهًا آخر أنه يستحق أجر المثل، لأن المساقاة تقتضى عوضًا فلم تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى يجب فيه مهر المثل.

ولنا أنه عمل فى مال غيره متبرعًا فلم يستحق عوضًا، كما لو يعقد المساقاة، ويفارق النكاح من وجهين: **أحدهما:** أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته، وهذا فاسد لا يوجب شيئًا، **والثانى:** أن الأبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة، والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر فى النكاح لا يخلو من أن يكون واجبًا بالعقد أو بالإصابة أو بهما، فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه، لوجهين: **أحدهما:** أن النكاح صحيح وهذا فاسد، **والثانى:** أن العقد ههنا لو أوجب لأوجب قبل العمل، ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئًا،

عليه كما لو أطعم إنسـانًا شيئًا، وقال له: كله فإنه طعامى، ثم تبين أنـه مغصوب، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة، لأنه ما قبض الثمرة كلها، وإنما كان مراعيًا لها وحافظًا فلا يلزمه ضمانها ما لم يقـبضها، ويحتمل أن يضمنه الكل، لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حـق، فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبـه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل واحـد منهما ما صـار إليه رجع العامل على الـغاصب بأجر مثله لا غـير، وإن تلفت الثمرة فى شجرها أو بعـد الجذاذ قبل القسمة، فمن جعل العامل قـابضًا لها بثبوت يده على حائطها قال: يلزمـه ضمانها، ومن جعله لا يكون قابضًا إلا بأخذ نصـيبه منها، قال: لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب.

وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليـه أيضًا، لوجهين: **أحدهـما**: أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بـخلاف العمل، **والثـانى**: أن الإصابة لو خلت عن العـقد لأوجبت، وهذا بخلافه، وإن وجب بهـما امتنع القياس عليه أيضـًا لهذه الوجوه كلها، فأما إن سـاقى أحدهما شريكه على أن يعملا معًا فـالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهـما ويتقاصان العمل إن تساويا فيـه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت، فـإن كان قد شرط له فضل فى مـقابلة عمله استـحق ما فضل له من أجـر المثل، وإن لم يشرط فليس له شىء إلا على الوجـه الذى ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه.

باب المزارعة

٨٨٨- **مسألة:** قال: **(وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)**.

معنى المزارعة: دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما، وهى جائزة فى قول كثير من أهل العلم، وقال البخارى (١): قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين، وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة (٢) والزهرى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد، قال البخارى (٣): وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعى وأبو حنيفة.

فصل فى المزارعة

١- **مسألة: (تجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع فى قول أكثر أهل العلم)** قال البخارى: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهرى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه وأبى يوسف ومحمد وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد، قال البخارى: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعى ومالك وأبو حنيفة، وروى عن ابن عباس الأمران جميعًا، وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخل إذا كان بياض أقل، فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها فى الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع، قلنا: ما ذاك؟ قال:

---

(١) ذكره البخارى معلقًا فى كتاب الحرث والمزارعة (٥/ ١٣) وقال ابن حجر: وهذا الأثر وصله عبد الرزاق، ثم ذكر الإسناد انظر الفتح (٥/ ١٤).

(٢) هو موسى بن طلحة بن عبيد الله، الإمام، القدوة، أبو عيسى القرشى، التيمى المدنى نزيل مكة، وثقه أحمد والعجلى وغيرهما، مات فى آخر سنة ثلاث ومائة. تهذيب سير أعلام النبلاء/ ١/ ١٥١.

(٣) أخرجه البخارى فى كتاب «الحرث» (٥/ ١٤) وقال ابن حجر فى الفتح (٥/ ١٥): وصله ابن أبى شيبة.

وروى عن ابن عباس الأمران جميعًا وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل، فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها فى الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع، قال: قلنا: ما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرضًا فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»[٤] وعن ابن عمر قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأسًا حتى سمعنا رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله ﷺ عنها[٥]، وقال جابر: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة[٦]، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها.

والمخابرة: المزارعة، واشتقاقها من الخبار: وهى الأرض اللينة، والخبير الأكار، وقيل: المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسرًا فروى البخارى عن جابر قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبى ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل فليمسك أرضه»[٧] وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ قال: «أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع»[٨].

قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى» وعن ابن عمر قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأسًا حتى سمعت رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله ﷺ عنها، وقال جابر: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها.

والمخابرة: المزارعة، واشتقاقها من الخبار: وهى الأرض اللينة والخبير الأكار، وقيل: المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسرًا فروى البخارى عن جابر قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبى ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه» وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد ابن ثابت قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ قال: «أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع».

(٤) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٣٤٠، ٢٣٤١) بنحوه، ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٨١/ ١٥٤٨) وأبو داود (٣/ ح٣٣٩٥) والنسائى (٧/ ٣٩٠٦) وابن ماجه (٢/ ٨٢٣، ٨٢٤).

(٥) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٣٤٤) ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٨١/ ح١١٢) وأبو داود (٣/ ح٣٣٩٤).

(٦) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٨١/ فتح) ومسلم (٣/ بيوع/ ١٨٧٤/ ١٥٣٦) وأبو داود (٣/ ٣٤٠٤) والترمذى (٣/ ١٢٩٠) والنسائى (٧/ ٤٦٤٧، ٤٦٤٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣١٣، ٣٥٦، ٣٩١).

(٧) أخرجه البخارى (٥/ ٢٦٣٢/ فتح) ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٣٧/ ١٥٣٦) وابن ماجه (٢/ ٢٤٥٢).

(٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٧) وأحمد فى مسنده (٥/ ١٨٧، ١٨٨) وإسناده صحيح.

ولنا: ما روى ابن عمــر قال: إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر مــا يخرج منها من زرع أو ثمر، متفق عليه[٩]، وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله.

وقال أبو جعفــر: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمــر وعثمان وعلى، ثم أهلـوهم إلى اليـوم يعطون الثلث والربع[١٠]، وهذا أمر صحيح مـشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشـدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم، ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عــمل به، وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده، فـروى البخارى عن ابن عمر أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطى أزواجه مائة وسق: ثمانون وسـقًا تمرًا وعشرون وسقًا شعـيرًا، فقسم عمر خيبـر فخير أزواج النبى ﷺ أن يقطع لهن من الأرض والماء أو يمضى لهن الأوسق، فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الأوسق، فكانت عائشة اختارت الأرض[١١]، ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ، لأن النسخ إنما يكون فى حياة رسول الله ﷺ، فـأما شىء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعـده، وأجمعت الصـحابة ﷺ عليه وعـملوا به ولم يخالف فيـه منهم أحد، فكيف

ولنا: ما روى ابن عمــر قال: إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر مــا يخرج منها من زرع أو ثمر، مـتفق عليه، وقـد روى ذلك عن ابن عبـاس وجابر بن عبـد الله، وقال أبو جعـفر: عامل رسـول الله ﷺ أهل خيبـر بالشطر ثم أبو بكر ثم عــمر وعثـمان وعلى، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع.

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم ثم من بعدهم، ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به، وعمل به أزواج رسـول الله ﷺ من بعده، فروى البخارى عن ابن عمر أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطى أزواجه مائة وسق: ثمانون وسقًا تمرًا وعشرون وسقًا شعيرًا، فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله ﷺ أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضى لهن الأوسق، فمنهن من اختــار الأرض ومنهن من اختار الوسق، فكانت عائشـة اختارت الأرض، **فإن قيل:** حديث خيبر منسوخ بخبر رافع، **قلنا:** مثل هذا لا يجوز أن ينسخ، لأن النسخ إنما يكون فى حياة رسـول الله ﷺ، فأما شىء عمل به إلى أن مات ثم عــمل به خلفاؤه بعده، وأجمعت الصحابة ﷺ عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد، فكيف يجوز نسخه؟ ومتى نسخ؟ فإن كــان نسخ فى حياة رسـول الله ﷺ، فكيف عمل به بعـد نسخه؟ وكـيف خفى

---

(٩) تقدم برقم (١، ٥) من كتاب المساقاة. وأيضًا حديث جابر تقدم برقم (١٠) المسألة رقم (٨٨٨).

(١٠) أخرجه البخارى (٥/ ص١٣) معلقًا، وقال ابن حجر فى الفتح (٥/ ١٤) وهذا الأثر وصله عبد الرزاق فى مصنفه.

(١١) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٢٨/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٨٦/ ١٥٥١).

يجوز نسخه؟ ومـتى كان نسخه؟ فإن كان نسخ فى حيـاة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكـيف خفى نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشـتهار قصة خـيبر وعملهم فيهـا؟ فأين كان راوى النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به؟.

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه:

أحــدها: أنه قد فسر المنهى عنه فى حديثه بمـا لا يختلف فى فساده، فإنه قال: كنا من أكثـر الأنصار حقـلاً فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربمـا أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا(١٢)، متفق عليه، وفى لفظ: فأما شىء معلوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن مـحل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين.

الثـــانى: أن خبره ورد فى الكراء بثلث أو ربع والنزاع فى المزارعـة ولم يدل حديثه عليها أصلاً، وحديثه الذى فـيه المزارعة يحمل على الكراء أيضًا، لأن القـصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر.

الثـالث: أن أحاديث رافع مضطربة جدًا مختلفة اختـلافًا كثيرًا يوجب ترك العمل بها لو انفردت، فكيف يقدم على مثل حديثنا؟.

قال الإمـام أحمـد: حديث رافع ألوان، وقـال أيضًا: حـديث رافع ضروب، وقـال ابن

نسخه فلم يبلغ خلفـاءه مع اشتهار قصة خـيبر وعملهم فيهـا؟ وأين كان راوى النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به؟.

فأما ما احتجوا به، فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه:

أحــدها: أنه قد فسر المنهى عنه فى حديثه بمـا لا يختلف فى فساده، فإنه قال: كنا من أكثـر الأنصار حقـلاً فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربمـا أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فـأما الذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليـه وفى لفظ: فأما بشىء معلوم مـضمون فلا بأس وهذا خـارج عن محل الخلاف فـلا دليل فيه عليـه ولا تعارض بين الحديثين.

والثانى: أن خبره ورد فى الكراء بثلث أو ربع، والنزاع فى المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحـديثه الذى فيـه المزارعـة يحمل على الكراء أيضًا، لأن الـقصة واحـدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر.

الثـــالث: أن أحاديث رافع مضطربة جدًا مختلفة اختـلافًا كثيرًا يوجب ترك العمل بها لو انفردت، فكيف تقدم على مثل حديثنا؟.

قال الإمام أحمد: حديث رافع ألوان، وقال ابن المنذر: قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل

---

(١٢) أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ١١٨٣/ ح١١٧) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٥٨).

المنذر: قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهى كان لذلك، **منها**: الذى ذكرناه، **ومنها**: خمس أخرى، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة: زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد بن ثابت: أنا أعلم بذلك منه، وإنما سمع النبى ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال: «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع»(١٣) رواه أبو داود والأثرم، وروى البخارى عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى ﷺ نهى عنها، قال: إن أعلمهم ـ يعنى ابن عباس ـ أخبرنى أن النبى ﷺ لم ينه عنه ولكن قال: «إن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجًا معلومًا»(١٤).

ثم إنَّ أحاديث رافع منها ما يخالف الإجماع وهو النهى عن كراء المزارع على الإطلاق، ومنها: ما لا يختلف فى فساده، كما قد بينا، وتارة يحدث عن بعض عمومته، وتارة عن سماعه، وتارة عن ظهير بن رافع، وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب إخراجها واستعمال الأخبار الواردة فى شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التى لا اختلاف فيها، وبها عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية.

الجواب الرابع: أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ، لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر، لكونه

تدل على أن النهى كان لذلك، **منها**: الذى ذكرنا، **ومنها**: خمس أخرى، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة: زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد: أنا أعلم بذلك منه، وإنما سمع النبى ﷺ الرجلين قد اقتتلا فقال: «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع» رواه أبو داود، وروى البخارى عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى ﷺ نهى عنها، قال: إن أعلمهم ـ يعنى ابن عباس ـ أخبرنى أن النبى ﷺ لم ينه عنها، ولكن قال: «إن يمنح أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجًا معلومًا» ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الإجماع، وهو النهى عن كراء المزارع على الإطلاق، ومنها ما لا يختلف فى فساده كما قد بينا، وتارة يحدث عن بعض عمومته، وتارة عن سماعه، وتارة عن ظهير بن رافع، وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب إطراحها واستعمال الأخبار الواردة فى شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التى لا اختلاف فيها، وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث.

والجواب الرابع: أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله

---

(١٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٩٠) وابن ماجه (٢/ ٢٤٦١) والنسائى (٧/ ٣٩٣٧) وأحمد فى مسنده (٥/ ١٨٢، ١٨٧) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٣٤) وإسناده ضعيف.

(١٤) أخرجه البخارى (٣/ ٢٣٣٠/ فتح) ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٨٤/ ١٥٥٠) وأبو داود (٣/ ٣٣٨٨) وابن ماجه (٢/ ٢٤٦٤).

معمـولاً به من جهة النبى ﷺ إلى حـين موته ثم من بعده إلى عصـر التابعين، فمـتى كان نسخه؟ وأمـا حديث جابر فى النهى عن المخـابرة فيجب حمله على أحـد الوجوه التى حمل عليها خبر رافع، فإنه قد روى حديث خيبر أيضًا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخًا بقصة خيبر لاسـتحالة نسخها كما ذكرنا، وكذلك القول فى حـديث زيد بن ثابت، **فإن قـال أصحاب الشـافعى:** تحمل أحـاديثكم على الأرض التى بين النخيل، وأحاديث النهى عن الأرض البيضـاء جمعًا بينهما، **قـلنـا:** هذا بعيد لوجـوه خمسة: **أحـــدها:** أنه يبعد أن تكون بلدة كـبيرة يأتى منها أربعون ألف وسق ليس فيـها أرض بيضاء، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه، **الثـانى:** أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه، وما ذكرناه دل عليـه بعض الرويات، وفـسـره الراوى له بمـا ذكرناه، ولـيس معـهم سـوى الجـمع بين الأحاديث، والجمع بينهما بحمل بعضـها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه، **الثالث:** أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحـده، **الرابـع:** أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم، **الخامس:** أن

على أنه منسوخ، لأنه لا بد من نسخ أحد الخـبرين ويستحيل القول بنسخ خبـر خيبر، لكونه معمـولاً به من جهة النبى ﷺ إلى حـين موته ثم من بعده إلى عصـر التابعين، فمـتى كان نسخه؟ فـأما حديث جابر فى النهى عن المخـابرة فيجب حمله على أحـد الوجوه التى حمل عليها خبر رافع، فإنه قد روى حديث خيبر أيضًا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخًا بقصة خيبر لاسـتحالة نسخها كما ذكرنا، وكذلك القول فى حـديث زيد بن ثابت، **فإن قـال أصحاب الشـافعى:** تحمل أحـاديثكم على الأرض التى بين النخيل، وأحاديث النهى على الأرض البيضـاء جمعًا بينهما، **قـلنـا:** هذا بعيد لوجـوه خمسة: **أحـــدها:** أنه يبعد أن تكون بلدة كـبيرة يأتى منها أربعون ألف وسق ليس فيـها أرض بيضاء، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه، **الثـانى:** أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه، وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره راويه بما ذكرنـاه، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث، والجمع بـينهما بحـمل بعضـها على مـا فسره راويه به أولى من الـتحكم بما لا دليـل عليه، **الثـالث:** أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحـديثين، وما ذكرناه حمل لأحدهما على بعض محتملاته لا غير، **الرابع:** أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصـحابة، وهم أعلم بحـديث رسول الله ﷺ وسـنته ومـعانيـها فكان أولى من قـول من خالفهم، **الخامس:** أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه على ما رواه أبو جعفر ـ رحمة الله عليه ـ وما

ما ذهبنا إليه مجمع عليه، فإن أبا جعفر روى عن كلِّ أهل بيت بالمدينة، وعن الخلفاء الأربعة وأهليهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك، وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعًا، وما روى فى مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعًا من الصحابة ﵃ لا يسوغ لأحد خلافه والقياس يقتضيه، فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالأثمان فى المضاربة والنخل فى المساقاة، أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة، لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها، والأَكَرَةُ يحتاجون إلى الزرع ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا فى المضاربة والمساقاة، بل الحاجة هٰهنا آكد، لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره، لكونه مقتاتًا، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها بخلاف المال، ويدل على ذلك قول راوى حديثهم: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا[(١٥)]، والشارع لا ينهى عن المنافع، وإنما ينهى عن المضَارِّ والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوى فى المنهى عنه وحصول المنفعة فيما ظنه منهيًا عنه، إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة فى أنها إنما يجوز بجزء للعامل من الزرع، وفى جوازها ولزومها وما يلزم العالم ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها.

فصل: وإذا كان فى الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التى بين الشجر جاز، سواء قل بياض الأرض أو كثر، نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبى ﷺ خيبر على هذا، وبهذا قال كل من أجاز المزارعة فى الأرض المفردة، فإذا قال:

روى فى مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماع من الصحابة ﵃ فلا يسوغ لأحد خلافه، والقياس يقتضيه، فإن الأرض عين تنمى بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالمال فى المضاربة والنخل فى المساقاة، ولأنه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة، لأن أصحاب الأرض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها، والأكرة يحتاجون إلى الزرع ولا أرض لهم، فاقتضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا فى المضاربة والمساقاة، بل ههنا آكد، لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره، لكونه قوتًا، ولأن الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال، والله أعلم.

2- مسألة: (فإن كان فى الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح).

سواء قل بياض الأرض أو كثر، نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبى ﷺ خيبر على هذا، وبهذا قال كل من أجاز المزارعة فى الأرض المفردة، فإذا قال: ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز، وكذلك إن قال: عاملتك على النصف، لأن المعاملة

---

(١٥) أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ١١٨١/ ح١١٣) وأبو داود (٣/ ح٣٣٩٥) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٦٠) والنسائى (٧/ ح٣٨٧٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٣، ٤٦٥).

ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز، وإن قال: عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز، لأن المعاملة تشملهما، وإن قال: زارعتك على الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر، ويجعل له فى كل نوع قدراً، وإن قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز، لأن المزارعة مساقاة من حيث إنها تحتاج إل السقى فيها لحاجة الشجر إليه، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح، لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح فى النخل وحده، وقيل: ينبنى على تفريق الصفقة.

ولنا: أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع فى السلم، ولأن المقصود المعنى، وقد علم بقرائن أحواله، وهكذا إن قال فى الأرض البيضاء: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها، فأما إن قال: ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل فى العقد وليس للعامل أن يزرع، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك وأبو يوسف: للداخل زرع البياض، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح، لأن الداخل يسقى لرب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه.

ولنا: أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضًا مفردة.

فصل: وإن زارعه أرضًا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر وأجازه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل، لأنه يسير فيدخل تبعًا.

تشملهما، وإن قال: زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له فى كل نوع قدراً، وإن قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز، لأن المزارعة مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقى، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح، لأن المساقاة لا تتناول الأرض فصح فى النخل وحده، وقيل: ينبنى على تفريق الصفقة.

ولنا: أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق فصح، كما لو عقد بلفظ البيع فى السلم، وهكذا إن قال فى الأرض البيضاء: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها، فإن قال: ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل فى العقد، وليس للعامل أن يزرع، وبه قال الشافعى، وقال مالك وأبو يوسف: للداخل زرع البياض، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصح، لأن الداخل يسقى لرب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه.

ولنا: أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضًا منفردة.

فصل: وإن زارعه أرضًا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها، وبه قال الشافعى وابن المنذر وأجازه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل، لأنه يسير فيدخل تبعًا.

ولنا: أنه اشتراط الثمرة كلها يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

فصل: وإن آجَرَه بياض أرض وساقاه على الشجر الذى فيها جاز، لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والإجارة، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذى لا يجوز الجمع بينهما فى الأصل، والأول أولى إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز، سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا فى إبطال الحيل.

٨٨٩- مسألة: قال: **(إذا كان البذر من رب الأرض)**.

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض والعمل من العامل، نص عليه أحمد فى رواية جماعة واختاره عامة الأصحاب، وهو مذهب ابن سيرين والشافعى وإسحاق، لأنه عقد يشترك العامل ورب المال فى نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة.

وقد روى عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال فى رواية مهنا فى الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر: يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبى ﷺ خيبر على هذا[١٦]، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز،

ولنا: أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

فصل: وإن أجره بياض الأرض وساقاه على الشجر الذى فيها جاز، لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والإجارة، وقيل: لا يجوز بناء على الوجه الذى لا يجوز الجمع بينهما فى الأصل، والأول أولى إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز، سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا فى إبطال الحيل.

3- مسألة: **(ولا يشترط كون البذر من رب الأرض وظاهر المذهب اشتراطه)**.

اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة، فروى عنه اشتراط كون البذر من رب الأرض، نص عليه فى رواية جماعة، وهو اختيار الخرقى وعامة الأصحاب، وهو قول ابن سيرين والشافعى وإسحاق، لأنه عقد يشترك رب المال والعامل فى نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة، وروى عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل، فإنه قال فى رواية مهنا فى الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف: فلا بأس بذلك فدفع النبى ﷺ خيبر على هذا، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر،

---

(١٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٠٩) أخرجه ابن عبد البر فى التمهيد (٦/ ٤٧٣) وإسناده صحيح.

وروى نحو ذلك عن عـمر بن الخطاب رضي الله عنه(١٧)، وهو قول أبى يوسف مـن أهل الحديث، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

وروى عن سعيد وابن مسعود وابن عمر: أن البذر من العامل، ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثًا، والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر: دفع رسول الله ﷺ إلى يهـود خيبر نخل خيبر وأرضهـا على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرتها.

وفى لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها، أخرجهما البخارى(١٨)، فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئًا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المـعول عـليه فى المـزارعـة قصـة خـيبـر، ولم يذكـر النبى ﷺ أن البـذر على المسلمـين، ولو كان شرطًا لما أخل بذكـره، ولو فعله النبى ﷺ وأصحـابه لنقل ولم يجز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فـعل الأمرين جميعًا، فإن البـخارى روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عـمر بالبذر من عـنده فله الشطر وإن جاءُوا بالبذر فلـهم كذا، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينـكر فكان إجماعًا، فإن قـيل: هذا بمنزلة بيعتين فى بيـعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه؟ قلـنا: يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم فى أى العقدين شاءوا، فمن اختار عقدًا عقده معه معينًا، كـما لو قال فى البيع: إن شئت بعتكه بعـشرة صحاح، وإن شئت بأحد عـشر مكسوة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معينًا، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه فى العمل بغيـر بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعـلمه به جرى مجـرى العقد، ولهذا روى عن أحـمد

فعلـى هذا أيهمـا أخرج البذر جـاز، روى نحو ذلك عن عـمر رضي الله عنه، وهو قـول أبى يوسف وطائفة من أهل الحديث، وهو أصح، إن شاء الله تعالى.

وروى عن سعد وابن مسعود وابن عـمر: أن البذر من العامل، ولعلهم أرادوا به أن يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمـر ولا يكون قولاً ثالثًا، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلـى يهود خيـبر نخل خـيبـر وأرضهـا على أن يعملوها من أمـوالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها، وفى لفظ: على أن يعـملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عـملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيـئًا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبـر، والأصل المعمـول به فى المزارعة قصـة خيبر، ولم يذكـر النبى ﷺ أن البذر على المسلمـين، ولو كان شرطًا لما أخل بذكـره، ولو فعله النبى ﷺ وأصحـابه لنقل ولم يجز ترك نقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميـعًا، فروى البخارى عنه أنه عامل الناس على أنه

---

(١٧) أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ١٤) وقال ابن حجر (٥/ ١٥): وصله ابن أبى شيبة عن أبى خالد الأحمر عن يحيى بن سعيد. . . الحديث وقال: وهذا مرسل.

(١٨) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٨٥/ فتح).

رحمه الله صحة الإجارة فيما إذا قال: إن خطته روميًّا فلك درهم، وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع اللذين ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.

فصل: فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها، لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه، وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، وإن قلنا: من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله، فيتقاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل، وإن شرطا التفاضل في الزرع، وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا، وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل.

إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، وظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعًا، فإن قيل: هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر؟ قلنا: يحمل على أنه فعل ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا، فمن اختار عقدًا عقده معه معينًا كما لو قال في البيع: إن شئت بعتك بعشرة صحاح، وإن شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فعقد البيع عليه معينًا، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد، ولهذا روى عن أحمد صحة الإجارة فيما إذا قال: إن خطته روميًّا فلك درهم وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع الذى ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان ببدن صاحب أحدهما.

فصل: فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها، لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه، وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، وإن قلنا: من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الأرض، فهي فاسدة، فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل، وإن شرطا التفاضل في الزرع، وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا، وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل.

فـــصل: فـإن قال صـاحب الأرض: أجرتك نصـف أرضى هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك مـنفعة بقرك وآلتك وأخرج المـزارع البذر كله لم يصح ، لأن المنفعة غـير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وإن أمكن علم المنفعة وضبطـها بما لا تختلف معه ومعرفـة البذر، جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح، لأن البذر عوض فيشترط قبضه كما لو كان مبيعًا وما حصل فيه قبض، وإن قال: أجرتك نصف أرضى بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهى كالتى قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال.

٨٩٠- **مـسألة:** قال: (**فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقى لم يجز**).

وكانت للمزارع أجـرة مثله، وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصـير الزرع للمزارع وعليه أجـرة الأرض، أما إذا اتفقـا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فـلا يصح، لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزانًا معلومة، وذلك شـرط فاسد تفسد به المزارعة، لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تـلك القفزان فـيخـتص رب المال بهـا، وربما لا تخرجـها الأرض، وأمـا إذا أخرج المزارع البذر فهو مبنى على الروايتين فى صحة هذا الشرط.

وقد ذكـر الخرقى أنه فاسد، فـإذا أخرج المزارع البذر فـسدت كما لو أخـرج العامل فى المضاربة رأس المال من عنده، ومـتى فسدت المزارعة فالزرع لصـاحب البذر، لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حـال وينمو فصـار كصغـار الشجر إذا غـرس فطال والبيضـة إذا حضنت

فـصل: فإن قال صـاحب الأرض: أجرتك نصف أرضى بنصف البذر ونصف منفـعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح ، لأن المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلهـا أجرة لأرض أخرى أو دارًا لم يجز والزرع كلـه للمزارع وعليه أجر مـثل الأرض، فإن أمكن علم المنفعـة وضبطها بما لا تخـتلف معه ومعـرفة البذر جاز، وإن كان الزرع بـينهما، ويحتمل أن لا يصح، لأن البذر عوض فى الإجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعًا وما حصل فيه قبض، وإن قال: أجرتك نصف أرضى بنصف منفعـتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهى كالتى قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال.

4- **مـسألة:** (**فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما الباقى لم يصح**).

لأنه كأنه اشترط لنفـسه قفزانًا معلومة، وهو شرط فاسد تـفسد به المزارعة، لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القـفزان فيختص رب المـال بها وربما لا تخرجه، وموضـوع المزارعة على اشتراكهما فى الزرع.

5- **مــســألة:** (**وكذلك لو شرطا لأحـدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية مـعينة أو شرط لأحدهما ما على الجداول إما منفردًا أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء**).

فصارت فرخًا، والبذر هٰهنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الأرض، لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسم له فرجع إلى عوض منافعها الثابتة بزرعها على صاحب الزرع، ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك، وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التى فيها نصيب العامل، وأجر العامل بقدر عمله فى نصيب صاحب الأرض.

فصل: وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعًا بعينه، وللعامل زرعًا بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر أخرى أو يشترط أحدهما ما على السواقى والجداول إما منفردًا أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء، لأن الخبر صحيح فى النهى عنه غير معارض ولا منسوخ، ولأنه يؤدى إلى تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه.

فصل: والشروط الفاسدة فى المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين: أحدهما: ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا هٰهنا أو أن يشترط أحدهما نصيبًا مجهولاً أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة أو أنه إن سقى سيحًا فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها، لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فساد العقد، لأن الشرط إذا

لأن الخبر صحيح فى النهى عنه غير معارض ولا منسوخ، ولأنه ربما تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه.

6- **مسألة: (ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر)**.

لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمى فهو كصغار الشجر، إذا غرس فطال وعليه أجرة صاحبه فإن كان البذر من العامل فعليه أجرة الأرض، لأن ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافعها الفائتة بزرعها على الزارع، وإن فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا، وعليه مثل أجر العامل لذلك، وإن كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر، ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على ما ذكرنا.

7- **مسألة: (وحكم المزارعة حكم المساقاة)**.

فيما ذكرنا من الجواز واللزوم، وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع، وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها، لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها.

8- **مسألة: (والحصاد على العامل، نص عليه، وكذلك الجذاذ، وعنه أن الجذاذ عليهما)**.

الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل، نص عليه أحمد فى الحصاد، وهو مذهب الشافعى، لأنه من العمل، فكان على العامل كالتشميس، وروى عن أحمد فى الجذاذ أنه إذا

فسـد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء مـاله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويسـتحق الأجر وهذا معنى الفساد، فأما إن شرط ما لا يفضى إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العـامل فى شىء آخر، فهل تفـسد المساقـاة والمزارعة؟ ويخـرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد فى البيع والمضاربة.

فصل: وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه فى أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فـاسد أيضًا، لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامـل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل، وإن قال صاحب الأرض لرجل: أنا أزرع الأرض ببذرى وعواملى ويكون سقيها من مائك والزرع بيننا ففيها روايتان: **إحداهما**: لا يصح، اختارها القاضى، لأن موضوع المزارعة على أن يكون أحدهمـا الأرض، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر، لأن الماء لا يباع ولا يستـأجر فكيف تصح المزارعة به؟ **والثـانيـة**: يصح، اختارها أبو بكر، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان(١٩)، وحرب، لأن الماء أحد ما يحتاج إليه فى الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل، والأول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص لما ذكرناه.

شرط على العامل فجـائز، لأن العمل عليه، وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصـة ما يصير إليه وعلى العامل بحصة مـا يصير إليه، فجعل الجذاذ عليهمـا، وأجاز اشتراطه على العامل، وهو قول بعض الشافعيـة، وقال محمد بن الحسن: تفسد المسـاقاة بشرطه على العامل، لأنه شرط ينافى مقتضى العـقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمـرة وانقضاء المعاملة فأشبه نقله إلى منزله.

ولنا: أن النبى ﷺ دفع خيبـر إلى يهود خيبر على أن يعـملوها من أموالهم، ولأن هذا من العمل أشبه التشميس، وبه يبطل ما ذكروه، وفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبه المخزن.

فصل: وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه فى أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهـو فاسـد، لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لمـالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل، ويتخرج أن تنبنى صحته على إحدى الروايتين كالمسألة التى بعدها.

9- مـسـألة: (وإن قال: أنا أزرع الأرض ببذرى وعـواملى وتسقيهـا بمائك والزرع بيننا ففيها رورايتان).

إحداهـما: لا تصح، اختارها القاضى، لأن موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر، ولأن الماء لا يباع

---

(١٩) أبو يوسف، سمع مسلم بن إبراهيم، وإمامنا أحمد، وكـان أحد الصالحين الثقات، روى عنه أبو بكر ابن أبى الدنيا وقال: كان من خيار المسلمين (طبقات الحنابلة ١/ ٤١٥).

فـــصل: وإن اشتـرك ثلاثة: من أحدهم الأرض، ومن الآخـر البذر، ومن الآخر البـقر، والعمل على أن ما رزق الله بينهم فعملوا فـهذا عقد فاسد، نص عليه فى رواية أبى داود ومهنا وأحمد بن القاسم، وذكـر حديث مجاهد أربعة اشتركـوا فى زرع على عهد رسول الله ﷺ فقـال أحدهم: علىَّ الفـدان، وقال الآخر: قِـبَلى الأرض، وقال الآخـر: قبلى البـذر، وقال الآخر: قبلى العـمل، فجعل النبى ﷺ الزرع لصاحب البـذر وألغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهمًا ولصاحب الفـدان شيئًا معلومًا(٢٠)، فقال أحـمد: لا يصح، والعمل على غيـره، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصـور عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعى، وعن واصل بن أبى جميل عن مجاهد، وقال فى آخره: فـحدثت به مكحولاً فقال: ما يسرنى بهذا الحديث وصيـفًا، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التى ذكـرناها فى صدر الفصل وهما فاسدان، لأن مـوضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العـامل وليس هو هـهنا

ولا يستأجـر فكيف تصح المزارعة به؟ **والثـانيـة:** تصح، اختارها أبو بكر ونقلهـا عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب، لأن الماء أحد مـا يحتاج إليه فى الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل، والأول أصح، لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص.

فـــصل: وإن اشتـرك ثلاثة: من أحدهم الأرض، ومن الآخـر البذر، ومن الآخر البـقر، والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد، نص عليه أحمد فى رواية أبى داود ومهنا وأحـمد بن القاسم، وذكـر حديث مجـاهد فى أربعة اشـتركوا فى زرع على عـهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم: علىَّ الفدان، وقـال الآخر: قِبَلى الأرض، وقال الآخر: قبلى البذر، وقـال الآخر: قبلى الـعمل، فجـعل النبى ﷺ الزرع لصاحب البـذر وألغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهمًا ولصاحب الفدان شيـئًا معلومًا، فقال أحمد: لا يصح، والعـمل على غيره، وذكـر هذا الحديث سـعيد بن مـنصور عن الوليد بن مـسلم عن الأوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد، وقال فى آخره: فحدثت به مكحولاً فقال: ما يسرنى بهذا الحديث وصـيفًا، وحكم هذه المسألة حكم المســألة التى ذكرناها فى أول الفصل وهما فاسدتان، لأن موضـوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو واحد منهمـا، وليست شركة، لأن الشركة تكون بالأثمـان، فإن كانت بالعروض اعتبـر كونها معلومـة ولم يوجد شىء من ذلك ههنا، ولا هى إجارة، لأن الإجارة تفـتقر إلى مدة مـعلومة وعوض معلوم، وبهذا قال مالك والشـافعى وأصحاب الرأى، فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر، لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مـثلهما، لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى، فإذا لم يسـلم عاد إلى بدله، وبهـذا قال الشافـعى وأبو ثور، وقال أصـحاب الرأى: يتـصدق بالفضل، والصحيح أن النماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله..

---

(٢٠) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٧/ ١٢٣).

من واحد منهما، وليست شركة، لأن الشركة تكون بالأثمان، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، وليست إجارة، لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم، وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى، فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر، لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلهما، لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى، فإذا لم يسلم عاد إلى بلده، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور، وقال أصحاب الرأى: يتصدق بالفضل، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر ماله، ولو كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائز، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، ولا نعلم فيه خلافًا، لأن أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء.

فصل: وإذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت فى تلك الأرض عامًا آخر فهو لصاحب الأرض، نص عليه أحمد فى رواية أبى داود ومحمد بن الحارث، وقال الشافعى: هو لصاحب الحب، لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصدًا.

ولنا: أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه، لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه، ولهذا أبيح التقاطه ورعيه، ولا نعلم خلافًا فى إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له، وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمرة واللقمة ونحوهما، والنوى لو التقطه إنسان فغرسه كان له دون من سقط منه، كذا ههنا.

فصل: فإن كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز، وبه قال مالك والشافعى وابن المنذر، ولا نعلم فيه خلافًا، لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء.

فصل: فإن زارع رجلاً أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت فى تلك الأرض عامًا آخر فهو لصاحب الأرض، نص عليه أحمد فى رواية أبى داود ومحمد بن الحارث، وقال الشافعى: هو لصاحب الحب، لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصدًا.

ولنا: أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه، لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه، ولهذا أبيح له التقاطه ورعيه، ولا نعلم خلافًا فى إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له، وصار كالشيء التافه يسقط منه الثمرة واللقمة ونحوهما، والنوى لو التقطه إنسان فغرسه كان له دون من سقط منه، كذا هذا.

10- **مسألة: (وإن زارع شريكه فى نصيبه صح)**.

إذا جعل له فى الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين فجعل للعامل

فصل: في إجارة الأرض تجوز إجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول أكثر أهل العلم، قال أحمد: قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر[(٢١)]: أجمع عوام أهـل العلم على أن اكتراء الأرض وقتًـا معلومًا جائز بالذهب والفـضة، روينا هذا القول عن سعـيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عـباس، وبه قال سعيد بن المـسيب وعروة والقاسم وسالم وعبـد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسـحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروى عن طاوس والحـسن كراهة ذلك لـما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كـراء المزارع، متفق عليه[(٢٢)].

ولنا: أن رافعًا قـال: أما بالذهب والورق فلم ينهنا[(٢٣)]، يعني النبي ﷺ متـفق عليه، ولمسلم: «أمـا بشيء معلوم مضمـون فلا بأس»[(٢٤)] وعن حنظلة بن قـيس أنه سـأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض، قال: فقلت: بالذهب والفضـة؟ قال: إنما نهى عنهـا ببعض ما يخـرج منها، أما بالذهب والفـضة فلا بأس، مـتفق عليـه[(٢٥)]، وعن سعد قال: كنا نكرى الأرض بما على السواقى ومـا سَعِد بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة، رواه أبو داود[(٢٦)]، ولأنها عين يمكن استـيفاء المنفـعة المبـاحة منها مع بقائـها فجازت إجـارتها بالأثمان ونحـوها كالدور، والحكم في العروض كالحكم في الأثمـان، وأما حديثهم فقد فسـره الراوى بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجـاج به على غيره، وحديثنا مفسـر لحديثهم، فإن راويهما واحـد، وقد رواه عامّا وخاصًا، فيـحمل العام على الخاص مع موافـقة الخاص لسائر الأحاديث والقيـاس وقول أكثر أهل العلم.

فأما إجارتها بطعـام فتنقسم ثلاثة أقسام: **أحـدها**: أن يؤجرها بمطعوم غـير الخارج منها

الثلثين، صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال: زارعتك على نصيبى بالثلث، فصح كـما لو زارع أجنبيًا، وفـيه وجه آخر أنه لا يـصح، لأن النصف للمزارع، ولا يصح أن يزارع الإنسان لنفسه، فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع، كما لو جمع في البيع بين ما يصح وما لا يصح، والأول أصح إن شاء الله تعالى، وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا.

---

(٢١) ذكره ابن المنذر في الإجماع (ص ١١٤/ ٥٤٤).

(٢٢) تقدم برقم (٥) المسألة رقم (٨٨٨).

(٢٣) أخرجـه مسـلم (٣/ بيوع/ ص١١٨٣) وابن مـاجه (٢/ ح٢٤٥٨) بنحـوه، ومالك في المـوطأ (٢/ ٧١١/ ١).

(٢٤) أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ص١١٨٣/ ١٥٤٧) وأبو داود (٣/ ٣٣٩٢).

(٢٥) تقدم تخريجه برقم (٢٣).

(٢٦) أخرجـه أبو داود (٣/ ٣٣٩١) والنسائى (٧/ ٣٩٠٣) والدارمى (٢/ ٢٦١٨) وأحمـد في مسنده (١/ ١٧٨، ١٧٩، ١٨٢) وإسناده حسن.

معلوم فيجوز، نص عليه أحمد فى رواية الحسن بن ثواب، وهو قول أكثر أهل العلم، منهم: سعيد بن جـبير وعكرمة والنخعى والشافعى وأبو ثور وأصـحاب الرأى، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها باللبن والعسل، وقد روى عن أحمد أنه قـال: ربما تهيبته، قال القاضى: هذا من أحمد على سبـيل الورع، ومذهبه الجواز، والحجة لمـالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومتـه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فلا يكريهـا بطعام مسمى»[٢٧] رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهـير بن رافع قال: دعانى رسول الله ﷺ فقـال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟» قلت: نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمـر أو الشعير قال: «لا تفعلوا، ازرعوها أو أمـسكوها» متـفق عليه[٢٨]، وروى أبو سعـيد قـال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة[٢٩]، والمحاقلة: استكراء الأرض بالحنطة.

ولنا: قول رافع: فأما بشىء معلوم مضمـون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسـيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كـالأثمان، وحديث ظهـير بن رافع قد سبق الكلام عليه فى المـزارعة على أنه يحتـمل النهى عن إجارتها بذلك إذا كـان خارجًا منها، ويحـتمل

فصل فى إجارة الأرض

تجوز إجارتهـا بالذهب والفضة وسائر العـروض غير المطعوم فى قـول عامة أهل العلم، قال أحمد: قلما اختلفوا فى الذهب والورق، وقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتًـا معلومًا جائز بالذهب والفضة، روى هذا القـول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عـباس، وبه قال سعيـد بن المسيب وعروة والقاسم ومـالك والليث والشافعى وإسحاق وأبـور ثور وأصحاب الرأى، وروى عن طاوس والحسن كـراهة ذلك لما رورى رافع أن النبى ﷺ نهى عن كراء المزارع، متفق عليه.

ولنا أن رافـعًا قـال: أمـا بالذهب والورق فلم ينهنا، يعـنى النبى ﷺ. متـفق عليـه، ولمسلم: «أما بشىء مـعلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قـيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فـقال: نهى رسول الله ﷺ عن كـراء الأرض، فقلت: بالذهب والفـضة؟

(٢٧) أخرجه مسلم (٣/ بيوع/ ١١٨١/ ح١١٣) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٦٥) والنسائى (٧/ ح٣٩٠٥) وقال الألبانى: صحيح.

(٢٨) أخرجـه البخارى (٥/ ٢٣٣٩/ فـتح) ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٨٣/ ١٥٤٨) وابن مـاجه (٢/ ٢٤٥٩) وأحمد فى مسنده (٤/ ١٤٣).

(٢٩) أخرجه البخارى (٤/ ح٢١٨٦/ فتح) ومسلم (٣/ بيوع/ ١١٧٩/ ح١٠٥) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٥٥) والنسائى (٧/ ح٣٨٩٤) وأحمد فى مسنده (٢/ ٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٢٥).

النهى عنه إذا آجرها بالربع والأوسق، وحديث أبى سعيـد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة.

القســم الثــانى: إجارتها بطعـام معلوم من جنس ما يزرع فيـها كإجارتها بـقفزان حنطة لزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان: **إحداهما:** المنع، وهى التى ذكرها القاضى مذهبًا، وهى قول مـالك لما تقدم من الأحـاديث ولأنها ذريعة إلى المـزارعة عليهـا بشىء معلوم من الخارج منها، لأنه يجعل مـكان قوله: زارعتك آجرتك فتصيـر مزارعة بلفظ الإجارة والذرائع معتبرة، **والثانية:** جواز ذلك، اختارها أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة والشافعى لما ذكرنا فى القسم الأول، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور.

قال: إنما نهى عنها ببـعض ما يخرج منها، أما بالذهب والفضة فـلا بأس. متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكرى الأرض بما على السواقى ومـا سَعِد بالماء منها، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فـضة، رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيـفاء المنفعة المبـاحة منهـا مع بقائهـا فجازت إجـارتها بالأثمـان ونحوها كالدور، والحـكم فى العروض كالحكم فى الأثمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوى بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره، وحديثنا مفسر لحديثهم، فإن راويهمـا واحد وقد رواه عامًا وخاصًا، فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم.

فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام:

أحـــدها: أن يؤجرها بطعام معلوم غـير الخارج منها فيجـوز، نص عليه أحمد فى رواية الحسـن بن ثواب، وهو قول أكـثر أهل العلم، منهم: سـعيـد ابن جبيـر وعكرمة والنـخعى والشافعى وأبو ثور وأصـحاب الرأى، ومنع منه مالك حتى منع إجارتهـا باللبن والعسل، وقد روى عن أحمد أنه قال: ربما تـهيبته، قال القاضى: هذا من أحمد علـى سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مـسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال: دعانى رسـول الله ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحـاقلكم؟» قلت: نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال: «لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوها» متفق عليه، وروى أبو سعيد قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمحاقلة: استكراء الأرض بالحنطة.

ولنا: قول رافع فأما بشىء مـعلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض مـعلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها بها كالأثمان، وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه فى المزارعة على أنه يحتمل النهى عن إجارتها بذلك إذا كان خارجًا منها، ويحتمل النهى عنه إذا أجرها بالربع والأوسق، وحـديث أبى سعيد يحـتمل المنع من كرائها بالحنطـة إذا اكتراها لزرع الحنطة.

القسم الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع، فالمنصوص عن أحمد جـوازه، وهو قول أكثر الأصـحاب، واختار أبو الخطاب أنهـا لا تصح، وهو قول أبى حنيفة والشافـعى وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الأحاديث فى النهى من غـير معارض لها، ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، ولأنها إجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسـائر الأعيان، ولأنه لا نص فى جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص، فإن المنصوص إنما وردت بالنهى عن إجارتها بذلك، ولا نعلم فى تجويزها نصّا، والمنصـوص على جوازه إجارتها بذهب أو فـضة أو شىء مضمون مـعلوم وليست هذه كذلك، فأما نص أحمـد فى الجواز فيتعين حمله على المزارعة بـلفظ الإجارة فيكون حكمها حكم المزارعـة فى جوازها ولزومهـا وفيمـا يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامـها، والله أعلم.

القســم الثــانى: إجارتها بطعـام معلوم من جنس ما يزرع فيـها كإجارتها بـقفزان حنطة ليزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان **إحداهما:** المنع، وهى التى ذكرها القاضى مذهبًا، وهى قول مالـك لما ذكرنا من الأحاديث، ولأنه ذريعـة إلى المزارعة عليهـا بشىء معلوم من الخارج منها، لأنه يجعل مـكان قوله: زارعتك آجرتك فتصيـر مزارعة بلفظ الإجارة والذرائع معتبرة **والثانية:** جواز ذلك، اختارها أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة والشافعى لما ذكرنا فى القسم الأول، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور.

القسم الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث، فالمنصوص عن أحمد جوازه، وهو قول أكـثر الأصحاب، واخـتار أبو الخطاب أنها لا تصح، وهو قول أبى حـنيفة والشـافعى، وهو الصـحيح إن شـاء الله تعالى، لمـا تقدم من الأحـاديث فى النهى من غـير معـارض لها، ولأنها إجـارة بعوض مجـهول فلم تصح كإجـارتها بثلث مـا يخرج من أرض أخرى، فأما نص أحـمد فى الجواز فيتعـين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة فـيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها، ذكرناه فى المساقاة.

كتـــاب الإجـــارات

الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ (٢٦) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ (القصص: ٢٦، ٢٧) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النُّدَّر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال: «إن موسى عليه السلام آجَرَ نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه»(١) قال الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ (الكهف: ٧٧) وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وأما السنة: فثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديل هاديًا خرِّيتًا(٢)، وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنه خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»(٣) والأخبار في هذا كثيرة، وأجمع أهل العلم في

بـــاب الإجـــارة

والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ (٢٦) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النُّدَّر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال: «إن موسى عليه السلام أجَرَ نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه» وقال الله تعالى: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ وهذا يدل على جواز أخذ الأجرة على إقامة الجدار.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٤) بلفظ «ثماني سنين» وإسناده ضعيف، لأن فيه بقية بن الوليد وهو مدلس، وذكره ابن كثير في البداية (١/ ٢٤٥) من طريق بقية (١/ ٢٤٥) من طريق ابن لهيعة، وهو مدلس، وقد عنعنه، وذكره ابن حجر في الفتح (٤/ ٥٢٠) وقال: سنده ضعيف.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ح٢٢٦٣/ فتح) وأيضًا في مناقب الأنصار (٧/ ح٣٩٠٥/ فتح) **والخريت**: هو الماهر بالهداية.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ح٢٢٢٧/ فتح) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٢) وفيه: «من كنت خصمه خصمته يوم القيامة» وأحمد في مسنده (٢/ ٣٥٨) وإسناده حسن.

كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم(٤) أنه قال: لا يجوز ذلـك، لأنه غرر(*) يعنى أنه يعقد على منافع لـم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعـصار، وسار فى الأمصار، والعبرة أيضًا دالة عليـها، فإن الحاجة إلى المنافع كالحـاجة إلى الأعيان فلما جـاز العقد على الأعيـان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلـى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسـافر على بعـير أو دابة يملكها ولا يـلزم أصحاب الأمـلاك إسكانها وحملـهم تطوعًا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يـجد متطوعًا به فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقًـا للرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغرر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضى الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسَّلَم فى الأعيان.

فـصل: واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض، قال الله تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ

وأما السُّنة فثبت أن النبى ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بنى الدِّيل هاديًا خريتًا، وروى البخارى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «قـال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بى ثم غـدر، ورجل باع حرّا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيـرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» وأجمع أهل العلم فى كل عصـر على جواز الإجارة إلاَّ ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصـم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غـرر، يعنى أنه يعقـد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصـار وسائر الأمصار، والعبرة أيضًا دالة عليها فإن الحاجـة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز الـعقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا تخفى حاجة الناس إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافـر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحـاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعًـا، وكذلك أصـحاب الصنـائع يعملون بأجـر ولا يمكن كل أحـد عمل ذلك ولا يجـد متطوعًا به، فـلا بد من الإجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعـالى طريقًا إلى الرزق حتى إنَّ أكثـر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغـرر لا يلتفت إليه مع مـا ذكرنا من الحاجـة، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضى الأوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالسلم فى الأعيان.

واشتقاق الإجـارة من الأجر وهو العوض، قال الله تعالى: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْه

---

(٤) هو: ابن كيسان شيخ المـعتزلة، اشتهر بالكلام والأصول والفقه، وكان دينًا وقـورًا، صبورًا على الفقر، منقبضًا عن الدولة إلا أنه كان فيه ميل عن الإمام على، توفى سنة إحدى ومائتين.

(*) فى بعض النسخ/ الآية.

﴿عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ (الكهف: ٧٧) ومنه سمى الثواب أجرًا، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته.

فصل: وهى نوع من البيع، **لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهى بيع المنافع،** والمنافع بمنزلة الأعيان، لأنه يصح تمليكها فى حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والإتلاف ويكون عوضها عينًا ودينًا، وإنما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم، إذا ثبت هذا فإنها تنعقد بلفظ الإجارة والكراء، لأنهما موضوعان لها، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان: **أحدهما:** تنعقد به، لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف، **والثانى:** لا تنعقد به، لأن فيها معنى خاصًا فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى، ولأن الإجارة تضاف إلى العين التى يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم فأشبه النكاح.

أَجْرًا﴾ ومنه سمى الثواب أجرًا، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته، أو صبره على مصيبته.

١- **مسألة: (وهى عقد على المنافع تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما فى معناهما، وفى لفظ البيع وجهان).**

الإجارة عقد على المنافع فى قول أكثر العلماء، منهم: أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين، لأنها الموجودة والعقد يضاف إليها فيقول: أجرتك دارى.

ولنا: أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الأعيان، ولأن الأجر فى مقابلة المنفعة، ولهذا يضمن دون العين، وما كان العوض فى مقابلته فهو المعقود عليه، وإنما أضيف العقد إلى العين، لأنها محل المنفعة، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة، ولو قال: أجرتك منفعة دارى، جاز.

فصل: وهى نوع من البيع، **لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهى بيع المنافع،** والمنافع كالأعيان، لأنها يصح تمليكها فى الحياة وبعد الموت، وتضمن باليد والإتلاف وتكون عوضًا عينًا ودينًا، وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعًا، فعلى هذا تنعقد بلفظ الإجارة والكراء، لأنهما موضوعان لها، وكذلك كل ما يؤدى معناهما لحصول المقصود به، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان: **أحدهما:** تنعقد به، لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف، **والثانى:** لا تنعقد به، لأن فيها معنى خاصًا فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى، ولأن الإجارة تضاف إلى العين التى يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة، ولأنها عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم أشبه النكاح.

فصل: ولا تصح إلا من جائز التصرف، لأنها عقد تمليك فى الحياة فأشبه البيع.

٨٩١- **مسألة:** قال: **(وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع ومُلكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العقد إلا أن يشترطا أجلاً)**.

هذه المسألة على أحكام ستة: **أحدها:** أن المعقود عليه المنافع، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين، لأنها الموجودة والعقد يضاف إليه فيقول: أجرتك دارى، كما يقول بعتُكَها.

ولنا: أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الأعيان ولأن الأجر فى مقابلة المنفعة ولهذا تُضمَنُ دون العين، وما كان العوض فى مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين، لأنها محل المنفعة ومنشؤها، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة، ولو قال: أجرتك منفعة دارى، جاز، **الثانى:** أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة، ولا خلاف فى هذا نعلمه، ولأن المدة هى الضابطة للمعقود عليه المُعَرِّفَةُ له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل، فإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الأهلة لأنها المعهودة فى الشرع، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ (البقرة: ١٨٩) فوجب أن يحمل العقد عليه، فإن شرط هلالية كان تأكيدًا، وإن قال: عددية أو سنة بالأيام، كان له ثلاثمائة وستون يومًا، لأن الشهر العددى يكون ثلاثين يومًا، وإن استأجر سنة هلالية أو الهلال عد اثنى عشر شهرًا

فصل: ولا تصح إلا من جائز التصرف ، لأنه عقد تمليك فى الحياة أشبه البيع.

2- **مسألة:** **(ولا تصح إلا بشروط ثلاثة: أحدها: معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهرًا وخدمة العبد سنة، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين، أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته)**.

وجملة ذلك أنه لا بد من معرفة المنفعة فى الإجارة، لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع، فإن معرفته شرط فى صحة البيع، فكذلك معرفة المنفعة فى الإجارة، فإن بيع المجهول لا يصح إجماعًا، فإن كان لها عرف كسكنى الدار شهرًا لم يحتج إلى ذكرها، لأنه لا يكترى إلا لذلك فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد معروف، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار، لأنها معلومة بالعرف، وأما إن اكترى لحمل زبرة حديد إلى موضع معين فلا بد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذى تحمل إليه، لأن المنفعة إنما تعرف بذلك.

3- **مسألة:** **(أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم)**.

وجملة ذلك أنه يجوز الاستئجار للبناء ويقدر بالزمان والعمل، فإن قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه، لأنه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه

بالأهلة سواء كان الشهـر تامًا أو ناقصًا، لأن الشهر الهلالى مـا بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى، وإن كان العقد فى أثناء شهر عَدَّ ما بقى من الشهر وعَدَّ بعده أحد عشر شهرًا بالهلال، ثم كمل الشـهر الأول بالعدد ثـلاثين يومًا، لأنه تعذر إتمـامه بالهلال فـتممنـاه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهـلال فوجب ذلك، لأنه الأصل، وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد، لأنهـا مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جـميعها به، كما لو كانت المدة شهرًا واحدًا، ولأن الشهر الأول ينبـغى أن يكمل من الشهر الذى يليه فيحصل ابتداء الشهر الثانى فى أثنائه فكذلك كل شهر يأتى بعـده، ولأبى حنيفة والشافعى كالروايتين، وهكذا إن كان العقد على أشهـر دون السنة، وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسـية أو فارسية أو قبطية وكـانا يعلمان ذلك جاز وكان له ثلاثمـائة وخمسة وستـون يومًا فإن الشهـور الرومية منها: سـبعة أحد وثلاثون يومًـا، وأربعة وثلاثون يومًا، وشهـر واحد ثمانية وعـشرون يوما، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون، وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصـح، لأن المدة مجهولة فى حقه، وإن آجـره إلى العيد انصرف إلى الذى يليه وتعلق بأول جزء منه، لأنه جعـله غاية فـتنتهى مدة الإجـارة بأوله، وقال القاضى: لا بد من تعـيين العيـد فطرًا أو أضحى من هذه السنة أو سـنة كذا، وكذلك الحكـم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كـجمادى وربيع، يجب على قوله أن يذكر الأول والثانى من سنة كذا، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشـعبان فلا بد أن يبينه من أى سنة، وإن علقه بيوم فلا بد

وسـمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجـر أو حجـارة أو شـيد أو غـير ذلك، قـال ابن أبى موسى: وإذا استأجره لبناء ألف لبـنة فى جدار أو استأجره يبنى له فيه يومًا فعـمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره، لأنه وفَّى العمل، فإن قال: ارفع لى هذا الحائط عشرة أذرع، فرفع بعضه فسقط فعليه إعـادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الذرع، وهذا إذا لم يكن سقوطه فى الأول لأمر من جهة العامل، فـأما إن فرط أو بناه محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف به.

فـصل: **ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحـيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معـين،** لأن الطين يختلف فى الرقة والغلظ، والأرض تخـتلف منها العالى والنازل، وكذلك الحيطان، فلذلك لم يجز إلاَّ على مدة.

فـصل: **وإذا استأجر دارًا جـاز إطلاق العقد ولم يحتج إلى ذكر السكنى ولا صفـتها لما ذكـرنا،** وهذا مذهب الشافـعى وأصحاب الرأى، وقال أبو ثور: لا يجـوز حتى يقول: أبيت تحتـها أنا وعيـالى، لأن السكنى تختلف، ولو اكـتراها ليسكنـها فتـزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه.

ولنا أن الدار لا تكتـرى إلاَّ للسكنى فاسـتغنى عن ذكـره كإطلاق الثـمن فى بلد فيـه نقد

على قولـه أن يبينه من أى أسبـوع، وإن علقه بعـيد من أعـياد الكفار صح إذا عـلماه وإلا لم يصح، وقد مضى نحو هذا.

فـصل: ولا يشترط فى مدة الإجارة أن تلى العـقد، بل لو أجره سنة خمس وهما فى سنة ثلاث أو شهر رجب فـى المحرم صح، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح إلا أن يستأجرها من هى فى إجارته ففيه قولان، لأنه عـقد على ما لا يمكن تسليمه فى الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة، قال: ولا يجوز أن يكترى بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك.

ولنا: أن هذه مدة يجوز العقد عليـها مع غيرها فجاز العقد عليهـا مفردة مع عموم الناس كالتى تلى العقـد، وإنما تشترط القدرة على التـسليم عند وجوب التسليم كالمـسلم فيه، ولا يشترط وجوده ولا القـدرة عليه حال العقد، ولا فرق بين كـونها مشغولة أو غير مـشغولة لما ذكرناه، وما ذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكترى فإنه يصح مع ما ذكروه، إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكـر ابتدائها من حين العقد، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائهـا، لأنه أحد طرفى العقد فاحتيج إلى معرفـته كالانتهاء، وإن أطلق فقال: أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤه من حـين العقد، وهذا قول مالك وأبى حنيفة، وقال الشافعى وبعض أصحابنا: لا يصح حتى يسمى الشهر ويذكر أى سنة هى، فإن أحمد قال فى رواية اسماعيل بن سعيد: إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمى الشهر.

معروف، والتفـاوت فى السكنى يسير، فلم يحتج إلى ضبطه لمـا ذكرناه، وما ذكروه لا يصح فإن الـضرر لا يكاد يخـتلف بكثرة من يسكن وقلتـهم، ولا يمكن ضـبط ذلك فاجـتزئ فـيه بالعرف، كما فى دخول الحمام وشبهه، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره، ولكان ينبغى أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب.

فـصل: قد ذكرنا أنه **يجوز الاستئجار للخدمة كل شـهر بشىء معلوم وسواء كان الأجير رجلاً أو امـرأة، حراً أو عـبداً،** وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفـة وأبو ثور، لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص فاعله بكونه من أهل القـربة، قال أحمد: أجير المـشاهرة يشهد الأعياد والـجمعة وإن لم يشترط ذلك، قيل له: فيتطوع بالركعتـين؟ قال: ما لم يضر صاحبه، وإنما أباح ذلك، لأن أوقات الصلاة مستـثناة من الخدمة، ولهذا وقعت مستثناة فى حق المعـتكف لترك معتكفه لهـا، وقال ابن المـبارك: لا بـأس أن يصلى الأجيـر ركعـات من السنة، وقـال أبو ثور وابن المنذر: ليس له منعه منها، قال أحمد: يجوز أن يسـتأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر، ليست الأمة مثل الحرة، ولا يخلو معها فى بيت، ولا ينظر إليها متجردة ولا إلى شعـرها، إنما قـال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجـارة كحكمه قـبلها، وفـرق بين الحرة والأمة، لأنهما يختلفان قبل الإجارة فكذلك بعدها.

ولنا: قول الله تعـالى إخبارًا عن شعيب عـليه السلام: ﴿عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) ولم يذكر ابتداءها، ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة، فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء، وتفارق النذر فإنه قربة.

فـــصل: ولا تتقـدر أكثر مدة الإجـارة بل تجوز إجارة العـين المدة التى تبقى فيـها وإن كثـرت، وهذا قول كافة أهل العلم، إلا أن أصحاب الشافـعى اختلفوا فى مذهبه، فمنهم من قال: له قولان: **أحدهما**: كقول سائر أهل العلم، وهو الصحيح، **الثانى**: لا يجوز أكثر من سنة، لأن الحاجة لا تدعو إلـى أكثر منها، ومنهم من قال: له قول ثالث: إنهـا لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر.

ولنا: قول الله تعالى إخبارًا عن شعيب عليه السلام أنه قال: ﴿عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ وشرع من قبلنا شرع لنا مـا لم يقم على نسخه دليل، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كـالبيع والنكاح والمساقاة، والتقدير بسنة وثلاثين تحكُّم لا دليل عليه، وليس ذلك أولى مـن التقدير بزيادة عليه أو نقـصان منه، وإذا استـأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة فى ظاهر كلام أحمد، كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجـر كل شهر بالاتفاق، ولو اسـتأجر شهـرًا لم يفتقر إلى تقسـيط أجر كل يوم، ولأن المنفعـة كالأعيان فى البيع، ولو اشـتملت الصفقـة على أعيان لم يلزمه تقـدير ثمن كل عين كذلك هـهنا، وقال الشافعى فى أحد قوليه كقولنا، وفى الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة،

فـصل: إذا استأجر أرضًا احتـاج إلى ذكر ما تكترى له من غراس أو بناء أو زرع، لأنها تكترى لذلك كله وضرره يـختلف فوجب بيانه، وفى إجارة الأرض للزرع اخـتلاف ذكرناه فى باب المساقاة.

فـصل: ويجوز الاستئجار لضـرب اللبن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل، فإن قدره بالعمل احتاج إلى تعيين عدده وذكر قالبه وموضع الضرب، لأن الأرض تختلف باختلافه لكون التراب فى بعض الأماكن أسهل والماء أقرب، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما إذا كان المكيال معروفًا، وإن قدره بالطول والعـرض والسمك جاز، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن مـعروفًا، لأن فيه غـررًا، وقد يتلف القالب فلا يصح، كـما لو أسلم فى مكيال بعينه.

4- **مسألة:** (وإن استأجر للركوب ذكر المركوب فرسًا أو بعيرًا أو نحوه).

لأن منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة، لأنه يصح بيعه بهما، وذكر المهمليج والقطوف، لأن سيرهما يختلف ومعرفـة ما يركب به من سرج أو غيره، لأنه يختلف بالركوب والراكب، ولا يحتـاج إلى ذكر الذكورة والأنوثة، لأن التفـاوت بينهما يسيـر، وقال القاضى: يفتقر لتفـاوتهما، ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة، ذكـره الخرقى، وقال الشريـف: لا

لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع، وهذا يبطل بالشهور، فإنه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها مع الاحتمال الذى ذكروه.

فصل: والإجارة على ضربين: أحدهما: أن يعقدها على مدة، **الثانى**: أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين، فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان، لأن له عملاً تتقدر منافعه به، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض لم يجز إلا على مدة، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، لأن الجمع بينهما يزيدها غررًا، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل فى بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركًا للعمل فى بعض المدة، وقد لا يفرغ من العمل فى المدة، فإن أتمه عمل فى غير المدة، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد، وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله فى محل الوفاق فلم يجز العقد معه.

وروى عن أحمد فيمن اكترى دابة إلى موضع على أن يدخله فى ثلاث فدخله فى ست فقال: قد أضر به، فقيل: يرجع عليه بالقيمة؟ قال: لا يصالحه، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعًا، وهو قول أبى يوسف ومحمد بن الحسن، لأن الإجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك، فعلى هذا إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل فى بقيتها، لأنه وَفَّى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شىء آخر، كما لو قضى الدين قبل

يجزئ فيه إلاَّ بالرؤية، لأن الصفة لا تأتى عليه، ولا بد من معرفة المحامل والأوطئة والأغطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوهما إما برؤية أو صفة أو وزن.

5- **مسألة: (فإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره)**.

لعدم الغرض فى معرفته، فإن اتفق وجود غرض فى الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئًا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض، فينبغى أن يذكره فى الإجارة، ذكره شيخنا، وتشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة، ويذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه، لأن ضرره يختلف وقدره بالوزن إن كان موزونًا أو بالكيل إن كان مكيلاً، لأن البيع يصح بكلا الأمرين، ويحصل بالمشاهدة، لأنها من أعلى طرق العلم، وبالصفة إذا ذكر القدر والجنس، وذكر ابن عقيل أنه إذا قال أجرتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملاً يضر بالحيوان، فلو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغى أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع فى موضع واحد من ظهره ولا يجعله فى وعاء يموج فيه فيكد البهيمة ويتبعها، وإن اكترى ظهرًا للحمل موصوفًا بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه، لأنه لا يملك المطالبة بما لم ينعقد عليه، وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال

أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستـأجر فسخ الإجارة، لأن الأجير لم يف له بشرطه، وإن رضى بالبـقاء عليـه لم يملك الأجيـر الفسخ، لأن الإخـلال بالشرط منه فـلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ كما لو تعذر أداء المُسْلَمِ فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ ويملكه المسلم، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير، كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثـر من المسلم فيه، وإن فسخ العقـد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعـمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجـر مثله لأن العقد قد انفـسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل.

فــصل: ومن اكتـرى دابة إلى العشاء فـآخر المدة إلى غـروب الشمس، وبهـذا قـال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأبو ثور: آخرها زوال الشـمس. لأن العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال، ولذلك جـاء في حديث ذى اليدين(٥) عن أبى هريرة ﵁ قـال: «صلى بنا النبى ﷺ إحدى صلاتى العشى يعنى الظهر أو العصر هكذا تفسيره».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ﴾(٦) (النور: ٥٨) يعنى العتمة، وقال النبى ﷺ: «لولا أن أشق على أمتى لأخرت العشاء إلى ثلث الليل»(٧) وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس، لأن هذه الصلاة تسـمى العشاء الآخرة فدل على أن الأولى المـغرب وهو فى العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به، لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها إلى الليل، وما ذكروه لا يصح، لأن لفظ العشى غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما

فى السير، أو أن لا ينقطع عن القـافلة فيتعين الخيل أو البغـال أو يكون غرضه السكون لكون المحمول مما يضره الهز أو قوتها وصـبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيعين الإبل، لم يجز العدول عنه، لأنه يفـوت غرض المسـتأجر فلم يجز ذلك كـما فى المركـوب، وإن لم يفوت غرضًا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله، فإن اكترى بهيمة لحمل ما شاء لم يصح، لأنه يدخل فيه ما يقتل البهيمة، وكذلك إن شرط طاقتها، لأنه لا ضابط له.

فــصل: قـال ﵁: **(الثانى) معرفة الأجرة بما يحصل به مـعرفة الثمن قياسًا عليه**، ولا نعلم فى ذلك خلافًا، وقـد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من استأجر أجيرًا فـليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع، فإن كـان العوض معلومًا بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز فى أحد الوجهـين كالثمن فى البيع، **والثـانى:** لا يجوز، لأنه قد ينفسـخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع، فاشترط معرفة قدره كعوض السلم، والأول أولى لما ذكرنا، وما

---

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه (١/ ١٢٩/ فتح) ومسلم (١/ مـساجد/ ٤٠٣) وتقدم مستوفيًا فى المجلد الأول برقم (١) مسألة رقم (٢١٤).

(٦) فى بعض النسخ/ الآية، هكذا ﴿وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ ثَلاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ﴾.

(٧) أخرجه الترمذى (١/ ح١٦٧) وابن ماجه (١/ ح٦٩١) وأحمد فى مسنده (٤/ ١١٤) وإسناده صحيح.

على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فـلا يتعلق به حكم، وكذلك الحكم فيمـا إذا اكتراها إلى العشى، لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه، وإن اكـتراها إلى الليل فهو إلى أوله، وكذلك إن اكتراها إلى النهار فـهو إلى أوله، ويتـخرج أن يدخل الليل فى المدة الأولى، والنـهار فى الثانيـة لما ذكرناه فى مدة الخيار، والأول أصح، وإن اكتراها نهـارًا فهو إلى غروب الشمس، وإن اكتراها ليلة فهى إلى طلوع الفجر فى قول الجميع، لأن الله تعالى قال فى ليلة القدر: ﴿سَلامٌ هِيَ حَتَّىٰ مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ (القـدر: ٥) وقال تعـالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ﴾ ثم قـال ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ (البقرة: ١٨٧).

فـــصل: وإن اكترى فسطاطًا إلى مكة ولم يقل متى أخرج، فالكراء فاسد، وبه قـال أبو ثور، وهو قياس قول الشافعى، وقال أصحاب الرأى: يجوز استحسانًا بخلاف القياس.

ولنا: أنها مدة غير معلومة الابتداء فلـم يجز، كما لو قال: أجرتك دارى من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة، وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلاً لا نُسَلِّم كونه دليلاً.

فـــصل: الحكم الثـالث: أنه يشترط فى عوض الإجـارة كونه معلومًا، لا نعلم فى ذلك خلافًا، وذلك لأنه عـوَضٌ فى عقد معاوضـة فوجب أن يكون معلومًا كالثـمن فى البيع، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من استأجر أجـيرًا فليعلمه أجره»[٨] ويعتـبر العلم بالرؤية أو

قاسوا عليه ممنوع، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الأعيان، لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا، وللشافعى نحو ما ذكرنا فى هذا الفصل.

6- مـسألة: (يجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استـأجر أجيرًا بطعامه وكسوته أو جعل له أجرًا وشرط طعامـه وكسوته، فروى عنه جواز ذلك، وهو مذهب مـالك وإسحاق، وروى عن أبى بكر وعمر وأبى مـوسى ﷺ أنهم استأجروا الأجراء بطعامـهم وكسوتهم. وروى عنه أن ذلك جائز فى الظئر دون غيرها، اختاره القاضى، وهو مذهب أبى حنيفة، لأن ذلك مجهول، وإنما جاز فى الظئر، لقول الله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البـقرة: ٢٣٣) أوجب لهن النفقـة والكسوة على الرضاع ولم يفـرق بين المطلقة وغيـرها، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقهـا، لأن الزوجة تجب نفقـتها وكـسوتها بالزوجـية، وإن لم ترضع، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البـقرة: ٢٣٣) والوارث ليس بزوج، ولأن المنفعة فى

---

(٨) أخرجه النسائى (٧/ ح ٢٨٦٦) مـوقوفًا، والبيهقى (٦/ ١٢٠) وقال البـيهقى: مرسل بين إبراهيم وأبى سعـيد، وذكره الهيـثمى فى المجمع (٤/ ٩٧) وقـال: إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سـعيد فيـما أحسب، وذكره الألبانى فى الإرواء (١٤٩٠) وضعفه.

بالصفـة كالبيع سـواء، فإن كان العـوض معلومًا بالمـشاهدة دون القدر، كـالصبرة، احـتمل وجهين: أشبهـهما الجواز، لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فـجازت به الإجارة، كما لو علم قدره، **والثانى**: لا يجوز، لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فاشترط معـرفة قدره كعـوض المُسْلَمِ فيـه، والأول أولى، وظاهر كلام الخرقـى: أن العلم بالقدر فى عوض السلم ليس بشـرط ثم الفرق بينهمـا: أن المنفعة هـٰهنا أجـريت مجرى الأعيـان، لأنها متـعلقة بعين حـاضرة والسَّلـم يتعلق بمـعدوم فافـترقا، وللشـافعى نحـو ممـا ذكرنا فى هذا الفصل.

فصل: وكل ما جاز ثمنًا فى البيع جاز عوضًا فى الإجارة، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع، فعلى هذا يجوز أن يكون العـوض عينًا ومنفعة أخرى، سواء كان الجنس واحـدًا، كمنفعة دار بمنفعـة أخرى، أو مخـتلفًا كمنفـعة دار بمنفعـة عبد، قـال أحمد: لا بأس أن يكتـرى بطعام موصوف معلوم، وبهذا كله قال الشافعـى، قال الله تعالى إخبارًا عن شعيب أنه قال: ﴿إِنِّـى أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ﴾ (القـصص: ٢٧) فجـعل النكاح عوض الإجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه: لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفـعة كسكنى دار بمنفعـة بهيمة، لأن الجنس الواحد عنـده يحرم النساء، وكره الثورى الإجارة بطعـام موصوف، والصحيح جوازه، وهو قول إسـحاق وأصحاب الرأى وقياس قول الشافعى، لأنه عوض يجوز فى البيع فجاز فى الإجارة كالذهب والفضة، وما قاله

الرضاع والحضانة غير معلومة فـجاز أن يكون عوضها كذلك، وروى عنه رواية ثالثة: أن ذلك لا يجوز بحال فى الظئـر ولا فى غيرها، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومـحمد وأبو ثور وابن المنذر، لأن ذلك يختلف اختـلافًا كثيرًا متـباينًا فيكون مجهـولاً، والأجر من شرطه أن يكون معلومًا.

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن الندر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة مـوسى عليه السلام قال: «إن موسى أجـر نفسه ثمانى سنين أو عشـرًا على عفة فرجه وطعام بطنه» وشرع من قبلنا شـرع لنا ما لم يثبت نسخه، وعن أبى هريرة أنه قال: كنت أجيـرًا لابنة غزوان بطعام بطنى وعقـبة رجلى أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركـبوا[1]، رواه الأثرم وابن ماجه، ولأنه فـعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان إجمـاعًا، ولأنه قد

---

(1) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٥) وفى الزوائد إسناده صحيح موقوف، لأن حبان بن بسطام ذكره ابن حبان فى الثقات، ووثقـه الدارقطنى وغيرهم وباقى رجال الإسناد أثبات. اهـ. وحبـان بن بسطام قال الحافظ فى التقريب: مقبول، وقال الذهبى: تفرد عنه ابنه.

عقبة رجلى: العقبة: النوبة: أى للنوبة من الركوب واستراحة للرِّجل.

أحدو: يقال: حدوت بالإبل أحدو حدواً: حثثتها على السير بالحداء، مثل غراب وهو الغناء لها.

أبو حنيفة لا يصح، لأن المنافع فى الإجارة ليست فى تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز فى جنسين، لأنه يكون بيع دين بدين.

فـصل: ولو استأجـر رجلاً ليسلخ له بهيمـة بجلدها لم يجز ، لأنه لا يعلم هل يخـرج الجلد سليمًا أو لا؟ وهل هو ثخين أو رقيق؟ ولأنـه لا يجوز أن يكون ثمنًا فى البيع فلا يجوز أن يكون عوضًا فى الإجارة كسائر المجهولات، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله، وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ فى الفساد، لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه، وقد خرج بموته عن كونه ملكًا، وإن فعل فله أجر مثله أيضًا.

فـصل: ولو استأجر راعيًا لغنم بثلث درِّها ونسلها وصوفها وشعرها، أو نصفه، أو جميعه لم يجز ، نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد النسائى[(٩)] ، لأن الأجر غير معلوم، ولا يصلح عوضًا فى البـيع، وقال اسماعيل بن سـعيد: سألت أحمـد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال: أكره ذلك، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة، ولا أعلم فيه مخالفـا، وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدرى أيوجد أم لا والأصل عدمـه، ولا يصلح أن يكون ثمنًا، **فـإن قـيل:** فقد جـوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنـصف ربحها، **قـلنـا:** إنما جاز ثم تشبيهًا بالمـضاربة، لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتـراط جزء من النمـاء، والمسـاقاة كالمـضاربة، وفى مـسألتنا لا يمكن ذلـك، لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك، وإن استأجره على

ثبت فى الظئر فى الآية فيـثبت فى غيرها بالقياس عليـها، ولأنه عوض منفعة فقـام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة، ولأن للكـسوة عرفًا: وهى كسوة الزوجات، وللإطعام عرفًا: وهو الإطعام فى الكـفارات، فجـاز إطلاقه كنقد البـلد، ونخص أبا حنيفة بـأن ما جاز عـوضًا فى الرضاع جاز فى الخدمة كالأثمان.

إذا ثبت هذا وتشاحـا فى قدر الطعام والكـسوة رجع فى القوت إلى الإطعـام فى الكفارة وفى الملبـوس إلى أقل ملبـوس مـثله، لأن الإطلاق فـيه يـجزئ فـيـه أقل ما يـتناوله اللفظ كالوصية، ويحتمل أن يحمل على الملبوس فى الكفـارة كالمطعوم، قال أحمد: إذا تشاحا فى الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله من إطعـام المساكين، ففسرت ذلك السنة بأنه: مدٌّ لكل مسكين، ولأن الإطعام مطلق فى الموضعين فـما فسر به أحدهما يفسر به الآخر، وليس له إطعام الأجيـر إلاَّ ما يوافقه من الأغذية، لأن عليه ضررًا ولا يمكنه اسـتيفاء الواجب له منه.

---

(٩) هو جعفر بن محمد النسائى الشقرانى الشـعرانى أبو محمد، قال الخلال: رفيع القدر، ثقة جليل ورع، أمَّار بالمعروف، نهاء عن المنكر، أخبرت أنه قتل بمكة فى شيء من هذا الأمر والنهى.

طبقات الحنابلة (١/ ١٢٤)

رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها، صح، لأن العمل والأجر والمدة معلوم فصح كمـا لو جعل الأجـر دراهم ويكون النمـاء الحاصل بينهـما بحكم الملك، لأنه ملـك الجزء المجعول له منها فى الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه.

فـصل: الحكم الرابع: أن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقـود عليها إلى المدة ويكون حدوثهـا على ملكه، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: تحدث على ملك المـؤجر ولا يملكها المـستأجر بالعـقد، لأنها مـعدومة فلا تكون مـملوكة كالثمرة والولد.

ولنا: أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مـخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العـين يتصرف فيها كتصرفه فى العين، فلما أجـرها صار المستأجر مالكًا للتصرف فـيها كما كـان يملكه المؤجر فثبت أنهـا كانت مملوكة لمالك الـعين ثم انتقلت إلى المستأجر بخلاف الولد والثمرة، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها، **وقـولهم**: إن المنافع معدومة، قلنا: هى مقدرة الوجود لأنها جعلت موردًا للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود.

فـصل: الحكم الخـامس: أن المؤجر يملك الأجرة بمجـرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً، كما يملك البائع الثمن بالـبيع، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة: لا يملكها بالعـقد فلا يسـتحق المطالبة بهـا إلا يومًا بيوم، إلا أن يشتـرط تعجيلهـا، قال أبو

فـــصل: فإن شرط الأجيـر كسوة ونفقة معلومـة موصوفة كصفتـها فى السلم جاز عند الجمـيع، وإن لم يشرط طعامًا ولا كسوة فنفقتـه وكسوته على نفسه، وكذلك الظئر، قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحد خلافًا فيما ذكرت، وإن شرط للأجـير طعام غيره وكسوته موصوفًا، جاز، لأنه معلوم فهو كما لو شرط دراهم مـعلومة، ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه، وإن شاء تركه، وإن لم يـكن موصوفًا لم يجز، لأن ذلك مـجهول احتـمل فيما إذا شـرطه للأجير للحاجة إليه وجرى العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفهـا لم يجز، لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليـه، ولا نعلم أحدًا قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفًا فيجوز.

فـصل: فإن استغنى الأجيـر عن طعام المستأجر بطعام نفســه أو غيره أو عجز عن الأكل بمرض أو غـيره لم تسـقط نفقتـه وكان له المطالبـة بها، لأنه عـوض فـلا يسقـط بالغنى عنه كالدراهـم، وإن احتاج إلى دواء لـمرضه لم يـلزم المسـتأجر، لأنه لـم يشترط لـه إلاَّ طعام الأصحاء لكن يلزمـه بقدر طعام الصحيح، لأن ما زاد على ذلك لم يقع العـقد عليه فلم يلزم كالزائد فى القدر.

فصل: فإن قبض الأجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع إليه أكثر من الواجب له ليـأكل منه قدر حاجتـه ويفضل الباقى، أو كان فى تركـه لأكله كله ضرر

حنيفة: إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع، وقال النبى ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»(١٠) فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب، وروى عنه ﷺ أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»(١١) رواه ابن ماجه، ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض فى العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئًا فشيئًا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم فى العقد.

على المستأجر بأن يضعف عن العمل أو يقل، لأن الظئر منع منه، لأنه فى الصورة الأولى لم يملكه، وإنما أباحه قدر حاجته، وفى الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض منفعته عليه فمنع منه كالجمال إذا امتنع من علف الجمال، وإن دفع إليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فملكه إياه ولم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز، لأنه ضرر لاحق فيه على المستأجر أشبه الدراهم.

فصل: فإن قدم إليه طعامًا فنهب أو تلف قبل أكله وكان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر، لكونه لم يسلم إليه، وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من مال الأجير، لأنه يسلم عوضه على وجه التمليك أشبه البيع.

فصل: قال أحمد فى رواية مهنا: **لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه،** وهو أحب إلىَّ من المقاطعة إنما جاز ههنا، لأنه معلوم بالمشاهدة وهى أعلى طرق العلم، ومن علم شيئًا علم جزأه المشاع فيكون أجرًا معلومًا، واختاره على المقاطعة مع وجودها، لأنه ربما يخرج من الزرع مثل الذى قاطع عليه، وههنا هو أقل منه يقينًا.

فصل: يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها، وفيه خلاف ذكرناه، وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهى المرضعة، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ

---

(١٠) تقدم برقم «٣».

(١١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٣) وفى الزوائد أصله فى صحيح البخارى وغيره من حديث أبى هريرة لكن إسناد المصنف ضعيف، لأن فيه: وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد وهما ضعيفان، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٢٠) وقال: محمد بن يزيد بن رفاعة ضعيف، وذكره ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٦٩) وضعفه، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٩٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه عبد الله بن جعفر بن نجيح والد على بن المدينى وهو ضعيف، وذكره المنذرى فى الترغيب (٣/ ٢٣) وقال: من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وقد وثق، قال ابن عدى: أحاديث حسان، وهو من احتمله الناس وصدقه بعضهم، وهو ممن يكتب حديثه، وبقية رواته ثقات، ووهب بن سعيد وثقه ابن حبان وغيره. اهـ. وعلى هذا يكون الإسناد «حسنًا» والله أعلم، وأصله فى صحيح البخارى وغيره من حديث أبى هريرة.

ولنا: أنه عوض أطلق ذكره فى عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق، أو نقول: عوض فى عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذى ذكرنا، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع فى الرضاع أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ (النحل: ٩٨) أى إذا أردت القراءة، ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به، وكذلك الحديث يحققه أن الأمر بالإيتاء فى وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (النساء: ٢٤) والصداق يجب قبل الاستمتاع، وهذا هو الجواب عن الحديث، ويدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلتم: يجب الأجر شيئًا فشيئًا، ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء فى الوقت الذى تتوجه المطالبة فيه عادة.

جواب آخر: أن الآية والأخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل، فأما ما وقعت الإجارة فيه على مدة فلا تعرُّض لها به، وأما إذا كانت الإجارة على عمل فإن الأجر يملك بالعقد أيضًا لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل، قال ابن أبى موسى: من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل، وإن استؤجر فى كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وقال أبو الخطاب: الأجر يُمْلَك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضى المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل، لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن فى المبيع، وفارق الإجارة على الأعيان، لأن تسليمها جرى مجرى

أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) واسترضع النبى ﷺ لولده إبراهيم(2)، ولأن الحاجة تدعو إليه أكثر من الحاجة إلى غيره، فإن الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالإجارة فى سائر المنافع، فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع، أو لهما جاز، وإن أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة فى **أحد الوجهين**، وهو قول أصحاب الرأى، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى فحمل الإطلاق عليه، **الثانى**: لا تدخل، وهو قول أبى ثور وابن المنذر، لأن العقد ما تناولها، ولأصحاب الشافعى كهذين الوجهين، والحضانة تربية الصبى وحفظه وجعله فى سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه، وأشباه ذلك، واشتقاقه من الحضن: وهو ما تحت الإبط وما يليه، وسميت التربية حضانة تجوزًا من حضانة الطير لبيضه وفراخه، لأنه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبى بذلك أخذًا من فعل الطائر.

فصل: ولهذا العقد أربعة شروط: أحدها: العلم بمدة الرضاعة، لأنه لا يمكن تقديره إلاَّ بها، لأن السقى والعمل فيها يختلف، **الثانى**: معرفة الصبى بالمشاهدة، لأن الرضاع يختلف

---

(2) أخرجه مسلم (٤/ فضائل/ ١٨٠٨/ ح٦٣) بلفظ: «كان إبراهيم مسترضعًا له فى عوالى المدينة» وأحمد فى مسنده (٣/ ١١٢).

تسليم نفعهـا ومتى كان على منفعة فى الذمة لم يحـصل تسليم المنفعة، ولا ما يقوم مـقامها فتـوقف استـحقـاق تسليم الأجر على تسـليم العمل، وقـولهم: لم يملك المنافع، قـد سبق الجواب عنه، **فإن قـيل**: فإن المؤجر إذا قبض الأجر انتفع به كـله بخلاف المستأجر، فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها، **قلنا**: لا يمتنع هذا كما لو شرطا التعجيل أو كان الثمن عينًا.

فـصل: الحكم السـادس: أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهـو إلى أجله، وإن شرطه منجمًا يومًا يومًـا أو شهرًا شهرًا أو أقل من ذلـك أو أكثر فهو على مـا اتفقا عليه، لأن إجـارة العين كبيعها، وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل، فكذلك إجارتها.

فـصل: وإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر، لأنـه قبل المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، وإن سلمت إليه العين التى وقعت الإجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر، وإن لم ينتفع، لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهى حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبـيع إذا تلف فى يد المشترى، وإن كانت الإجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفـعة فيها، مثل أن يكترى دابة ليركبها إلى حمص فقبـضها وضمت مـدة يمكن ركوبها فيهـا، فقال أصحـابنا: يستقر عليـه الأجر، وهو مذهب الشافعى، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستـقر الضمان عليه، كما لو تلفت العين فى يد المشترى، وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت، وقال أبو حنيفة: لا يستقر الأجر عليه

بكبر الصبى وصغره ونهمته وقناعته، وقال القاضى: يعرف بالصفة كالراكب، **الثالث**: موضع الرضاع، لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل فى بيتها، **الرابع**: معرفة العوض لما ذكرنا.

فصل: والمعقود عليه فى الرضاع خدمة الصبى وحمله ووضع الثدى فى فيه، واللبن تبع كالصبغ فى إجارة الصباغ، وماء البئر فى الدار، لأن اللبن عين فلا يعقد عليه فى الإجارة كلبن غير الآدمى، وقيل: هو اللبن، قال القاضى: وهو أشبه، لأنه المقصود دون الخدمة، ولهذا لو أرضعتـه ولم تخدمه استحـقت الأجرة، ولو خدمته ولـم ترضعه لم تستحق شـيئًا، ولأن الله تعالى قال: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ (الطلاق: ٦) فجعل الأجر مرتبًا على الرضاع، فيدل على أنه المعقود عليه، ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها، وإنما جاز العقد عليـه مع كونه عينًا رخصـة، لأن غيره لا يقوم مقـامه، والضرورة تدعو إلى استـيفائه، وإنما جاز فى الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الآدمى والحاجة إلى بقائه.

فـصل: وعلى المرضعة أن تأكل وتشـرب ما يدر لبنها ويصلح به، وللمكترى مطالبـتها بذلك، لأنه من تمام التـمكين من الرضاع، وفى تركه إضـرار بالصبى، فإن لم ترضـعه لكن سقتـه لبن الغنم أو أطعمته فلا أجـر لها، لأنها لم توف المعقـود عليه أشبه ما لو اسـتأجرها لخيـاطة ثوب فلم تخطه، فإن دفعتـه إلى خادمها فـأرضعته فكذلك، وبه قـال أبو ثور، وقال أصحاب: لها أجرها، لأن رضاعه حصل بفعلها.

حتى يستوفى المنفِعة، لأنه عقد على منفعة غير مـؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل اسـتيفائها كالأجر للأجـير المشتـرك، فإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المـستأجر حتـى انقضت المدة استقر الأجر عليه، لأن المنافع تلفت باختياره فى مدة الإجارة فاستقر عليه الأجر كما لو كانت فى يده، وإن بذل تسليم العـين وكانت الإجارة على عـمل، فقـال أصحابنا: إذا مـضت مدة يمكّن الاستيفاء فيها استقر عليه الأجر وبهذا قال الشافعى، لأن المنافع تلفت باختياره.

وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه، وهو أصح عندى، لأنه عـقد على ما فى الذمة فلم يستقر ببذل التسليم كالمسلم فيـه، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستـقر عوضها بالبذلِ كالصـداق إذا بذلت تسليم نفسها وامـتنع الزوج من أخذها، وإن كان هذا فى إجـارة فاسدة، ففيما إذا عـرضها على المستأجر فلم يأخذهـا لا أجر عليه، لأنها لم تتلف تحت يده ولا فى ملكه، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيـفاء المنفعة فيها، أو لا يمكن، فعن أحمد روايتان: **إحداهما:** عليه أجر المثل لمدة بقائها فى يده، وهو قول الشافعى، لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاها، **والثانية:** لا شىء له، وهو قول أبى حنيفة لأنه عقد فاسد على منافع لم يستـوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة فى العقد الفاسد فعليه أجر المثل، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد.

ولنا: أن ما ضمن بالمـسمى فى العقد الصحيح وجب ضـمانه بجميع القيمـة فى الفاسد كالأعيان، وما ذكره لا نسلمه والله أعلم.

ولنا: أنها لم ترضعه أشبه ما لو سقته لبن الغنم، فإن قالت: أرضعته، فأنكر المسترضع، فالقول قولها، لأنها مؤتمنة.

7- مسألة: (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدًا أو وليدة إذا كان المسترضع موسرًا).

لما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الأسلمى عن أبيـه قال: قلت: يا رسـول الله مـا يذهب عنى مذمـة الرضـاع؟ قال: «الغـرة أو الأمة» قـال الترمـذى: حسن صـحيح [3]، المذمة بكسـر الذال من الذمام، وبفتحـها من الذم، قال ابن عقيل: إنما خص الرقبـة بالمجازاة دون غيرها، لأن فعلها من الرضاعة والحـضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاءِ هبتها رقبة للتناسبِ بين النعمة والشكر، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّا فقال سبحانه ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وقال النبى

---

(3) أخرجـه أبو داود (٢/ ح٢٠٦٤) والترمذى (٣/ ح١١٥٣) والنسـائى (٦/ ح٣٣٢٩) وأحمـد فى مسنده (٣/ ٤٥٠) والبيهـقى فى السنن (٧/ ٤٦٤) وابن حبان (٦/ ح٤٢١٦/ إحسان) والبـخارى فى التاريخ الكبير (٢/ ٣٧١) وذكره ابن حجر فى المطالب (٢/ ٧٩) والحديث بالجملة إسناده حسن.

مذمة الرضاع: أى حق الرضاع، أو حق ذات الرضاع، **الغرة:** فهو المملوك.

٨٩٢- **مسألة:** قال: **(وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تَقَضِّى كل شهر).**

وجملة ذلك: أنه إذا قال: أجرتك هذا كل شهر بدرهم، فاختلف أصحابنا، فذهب القاضى إلى أن الإجارة صحيحة، وهو المنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور واختيار الخرقى إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد، لأنه معلوم يلى العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى فى الدار إن كانت الإجارة على دار، لأنه مجهول حال العقد، فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتى، وهذا مذهب أبى ثور وأصحاب الرأى، وحكى عن مالك نحو هذا إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده، لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا فى اللزوم، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثورى، والصحيح من قولى الشافعى، لأن كل اسم للعدد، فإذا لم يقدره كان مبهمًا مجهولاً فيكون فاسدًا، كما لو قال: أجرتك مدة أو شهرًا، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد فى هذا على أن الإجارة وقعت على أشهر معينة.

ﷺ: «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيعتقه»(4) وإن كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها، لأنه يحصل أخص الرقاب بها لها، وتحصل به المجازاة التى جعلها النبى ﷺ مجازاة للوالد من النسب.

فصل: ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة، والمأذون لها فى التجارة للإرضاع، لأنه عقد على منفعتها أشبه إجارتها للخدمة، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها، لأن منفعتها لسيدها، فإن كان لها ولد لم يجز إجارتها للإرضاع إلاَّ أن يكون فيها فضل عن ريه، لأن الحق لولدها ليس لسيدها إلاَّ الفاضل عنه، فإن كانت مزوجة لم تجز إجارتها لذلك إلاَّ بإذن الزوج، لأنه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة، فإن أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الإجارة، وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة، وقال مالك: ليس لزوجها وطؤها إلاَّ برضى المستأجر، لأنه ينقص اللبن، وقد يقطعه.

ولنا: أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه، وليس للسيد إجارة مكاتبته، لأن منافعها لها، ولذلك لا يمكن تزويجها ولا وطؤها ولا إجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها، لأنه من الاكتساب.

---

(4) أخرجه مسلم (٢/ عتق/ ١١٤٨/ ح ٢٥) وأبو داود (٤/ ح ٥١٣٧) بلفظ: «فيشتريه فيعتقه» والترمذى (٤/ ح١٩٠٦) وابن ماجه (٢/ ح٣٦٥٩) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٣٠، ٢٦٣، ٣٧٦، ٤٤٥).

ووجه الأول: أن عليًّا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبى ﷺ فأكل منه، قال على: كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة (١٢)، وعن رجل من الأنصار أنه قال ليهودى: أسقى نخلك؟ قال: نعم، كل دلو بتمرة، واشترط الأنصارى أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة، فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبى ﷺ (١٣)، رواهما ابن ماجه فى سننه، وهو نظير مسألتنا، ولأن شروعه فى كل شهر مع ما تقدم فى العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة وما دل على التراضى بها.

فعلى هذا: متى ترك التلبس به فى شهر لم تثبت الإجارة فيه، لعدم العقد، وإن فسخ فكذلك، وليس بفسخ فى الحقيقة، لأن العقد فى الشهر الثانى ما ثبت، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثانى فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح، لأن العقد الفاسد فى الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يُضمن بالمسمى، ثم لم يحصل القبض هٰهنا إلا فيما استوفاه، وقول مالك لا يصح، لأن الإجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة.

فصل: إذا قال: أجرتك دارى عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه، لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال، لأنها مدة واحدة فأشبه ما لو قال: آجرتك عشرين شهراً بعشرين درهمًا، وإن قال: آجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب

8- مسألة: (وإن دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك، وإن لم يعقدا عقد إجارة، وكذلك دخول الحمام والركوب فى سفينة الملاح).

إذا دفع ثوبه إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر، مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمله بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الأجر، وقال أصحاب الشافعى: لا أجر لهما، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله.

ولنا أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد، وكما لو دخل حمامًا أو جلس فى سفينة ملاح، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض، فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرًا إلاَّ بعقد أو شرط العوض أو تعريض به، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فهو كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه، وكذلك لو دفع ثوبه إلى رجل ليبيعه وكان منتصبًا يبيع للناس بأجر مثله فهو كالقصار والخياط فيما ذكرنا له الأجر، نص عليه أحمد، وإن لم يكن كذلك فلا شىء له لما تقدم، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على

---

(١٢) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٧٣٨) برقم (٨٠).

(١٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٨) وفى إسناده عبد الله بن سعيد بن كيسان، قال الحافظ فى التقريب: متروك.

ذلك صح فى الشهـر الأول، لأنه أفرده بالعـقد وبطل فى الزائد، لأنه مـجهول، ويحـتمل أن يصح فى كل شهر تلبس به، كما لو قال: أجرتكها كل شهر بدرهم، لأن معناهما واحد، ولو قال: أجـرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شـهر بعد ذلك بدرهم، أو قـال: بدرهمين، صح فى الأول، وفيما بعده وجهان.

فــصل: والإجارة عقـد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسـخها، وبهذا قـال مالك والشافـعى وأصحاب الرأى، وذلك لأنها عـقد معاوضـة فكان لازمًا كالبـيع، ولأنها نوع من البيع، وإنما اختصت باسم كمـا اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور، وقال أبو حنيفة وأصـحابه: يجوز للمكترى فسخها لعذر فى نفسه مثل أن يكترى جملاً ليحج عليه فـيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته، أو يكترى دكانًا للبز فيحتـرق متاعه وما أشبه هذا، لأن العذر يتعذر معه استيـفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبدًا فأبق.

ولنا: أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر فى غير المعقود عليه كالبيع، ولأنه لو جـاز فسخه لعذر المكترى، لجاز لعذر المكرى تسوية بين المتعاقدين دفعًا للضرر عن كل واحـد من العاقدين، ولم يجز ثم فلا يجوز هـٰهنا ويفارق الإباق فإنه عذر فى المعقود عليه.

أجر فله أجر المثل، لأن الثياب يختلف أجرها ولم يعين شيئًا فجرى مجرى الإجارة الفاسدة، فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمـان عليه، لأن ما لا يضمن فى العقد الصحيح لا يضمن فى الفاسد.

فـــصل: إذا استأجـر رجلاً ليحمل له كتـابًا إلى مكة أو غيرها إلى إنسان فحـمله فوجد المحمول إليه غائبًا فرده استحق الأجر، لحمله فى الذهاب والرد، لأنه حمله فى الذهاب بإذن صاحبه صريحًا، وفى الرد تضمنًا، لأن تقدير كلامه، وإن لم تجد صاحبه فرده، إذ ليس سوى رده إلاَّ تضييعه، وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده.

9- مسألة: (ويجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة).

وجــملة ذلك أن كل ما جاز أن يكون ثمنًـا فى البيع جاز عوضًا فى الإجـارة، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينًا أو منفعة أخرى، سواء كان الجنس واحدًا كمنفعـة دار بمنفعة أخرى، ومختلفـة كمنفعة دار بمنفعة عبـد، قال أحمد: لا بأس أن يكترى بطعام موصـوف معلوم، وبه قال الشافعى، قال الله تعالى إخبـارًا عن شعيب أنه قال: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القـصص: ٢٧) فجـعل النكاح عوض الإجـارة، وقال أبو حنيفة فـيما حكى عنه: لا تجوز إجـارة دار بسكنى أخرى، ولا يجوز إلاَّ أن يختـلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفـعة بهيمـة، لأن الجنس الواحد عنده

٨٩٣- **مسألة:** قال: **(ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الأجرة كاملة).**

وجملته: أن الإجارة عقد لازم يقتضى تمليك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الإجارة والأجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع، كما لو اشترى شيئًا وقبضه ثم تركه قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له: فاسخنى، قال: ليس ذلك له، قد لزمه الكراء، قلت: فإن مرض المستكرى بالمدينة فلم يجعل له فسخًا، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإن فسخ لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة العقار، قال ابن المنذر(١٤): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز، ولا تجوز إجارتها إلا فى مدة معينة معلومة، ولابد من مشاهدته وتحديده فإنه لايصير معلومًا إلا بذلك، ولا يجوز إطلاقه ولا وصفه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو ثور: إذا ضبط بالصفة أجزأ، وقال أصحاب الرأى: له خيار الرؤية كقولهم فى البيع، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع، والخلاف هٰهنا مبنى على الخلاف فى البيع ولم يكتف بالصفة، لأنه لا يصير معلومًا بالرؤية كما لا يعلم فى البيع إلا بذلك، فإن كان داراً أو حمامًا احتاج إلى مشاهدة البيوت، لأن الغرض يختلف

يحرم النَّسَاء فيه، وكره الثورى الإجارة بطعام موصوف، والصحيح جوازه، وهو قول إسحاق وأصحاب الرأى، وقياس قول الشافعى، لأنه عوض يجوز فى البيع فجاز فى الإجارة كالذهب والفضة، وما قاله أبو حنيفة لا يصح، لأن المنافع فى الإجارة ليست فى تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز فى جنسين، لأنه يكون بيع دين بدين.

10- **مسألة: (وتجوز إجارة الحلى بأجرة من جنسه، وقيل: لا يصح).**

تجوز إجارة الحلى، نص عليه أحمد فى رواية ابنه عبد الله، وبه قال الثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وروى عن أحمد أنه قال فى إجارة الحلى: ما أدرى ما هو؟ قال القاضى: هذا محمول على إجارته بأجرة من جنسه، فأما بغير جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه، وقال مالك فى إجارة الحلى والثياب: هو من المشتبهات، ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الأصلية، ومن منع ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه أجزاء، وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر فى مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضى إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر.

ولنا: أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فأشبهت سائر ما يجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية، فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾

---

(١٤) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١١٦/ ٥٥٣).

بصغرها وكبرها ومرافقـها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغـرها، ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر، فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها، ليـعلم عمقها، ومؤنة استسقاء الماء منها، ومشـاهدة الأتون، ومطرح الرماد، وموضع الزبل، ومـصرف ماء الحمـام، فمتى أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به.

فـصل: وكره أحمد كـراء الحمام، وسئل عن كرائه فقال: أخـشى، فقيل له: إذا شرط على المكترى أن لا يدخله أحد بغير إزار، فقـال: ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه، قال ابن حامد: هذا على طريق الكراهة تنزيهًا لا تحريمًا، لأنه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الإجارة على فعل محظـور فكرهه لذلك، فأما العقد فـصحيح، وهذا قول أكثـر أهل العلم، قال ابن المـنذر(١٥): أجمع كل من نحفظه عنه من أهل العلم أن كراء الحـمام جائز إذا حدده، وذكر جميع آلته شهورًا مسماة، وهذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى، لأن المكترى إنما يأخذ الأجر عوضًـا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه، وأحوال المـسلمين محمولة على السلامة، وإن وقع من بعضـهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كـما لو اكترى دارًا ليسكنها فشرب فيها خمرًا.

٨٩٤- مسألة: قال: **(ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تَقَضِّى المدة)**.

وجملته: أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشترى المبيع بالبيع ويزول ملك

(النحل: ٨) وقوله ﴿**قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِى أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ**﴾ (الأعـراف: ٣٢) وأباح الله تعالى من التحلى واللباس ما حرم على الرجال لحاجتهن إلى التزين للأزواج، وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن عـلى اقتنائه، وما ذكروه من نقـصها بالاحتكاك لا يصح، لأن ذلك يسـير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهـر فى وزن، ولو ظهر فالأجر فى مـقابلة الانتفاع لا فى مـقابلة الأجزاء، لأن الأجر فى الإجارة إنمـا هو عوض المنفعة، كـما فى سائر المواضع، ولو كـان فى مقابلة الجزء الذاهب لما جـاز إجارة أحد النقدين بالآخر لإفـضائه إلى التفرق فى معاوضـة أحدهما بالآخر قبل القبض.

فـصل: ولو استأجر من يسلخ له بهـيمة بجلدها لم يجز، لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليمًا أو لا، وهل هو ثخـين أو رقيق؟ ولأنه لا يجوز أن يكون عوضًا فى البـيع فلا يجوز أن يكون عوضًا فى الإجـارة كسائر المجهـولات، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله، وإن اسـتأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ فى الفساد، لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه، وقد خرج بموته عن كونه ملكًا، وله أجر مثل إن فعل.

فـصل: ولو استأجر راعيًا لغنم بثلث درها وصوفها وشـعرها ونسلها أو نصفه أو جميعه لم يجز، نص عليه أحمد فى رواية سعيد بن محمد النسائى، لأن الأجر غير معلوم ولا يصلح

(١٥) لم أجده فى كتاب الإجارات لابن المنذر فى الإجماع.

المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها، لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف المبـيع، فإن تصرف فيها نظرنا، فإن كان ذلك فى حال بدا للمستأجر قبل تقضى المدة مثل أن يكترى داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيـره احتمل أن ينفسخ العقـد فيما استـوفاه المالك، لأنه يتصرف فـيه قبل قبض المكترى له، فـأشبه ما لو تلف المكيل قـبل تسليمه وسلم باقيـه، فعلى هذا إن تصرف المالك فى بعض المدة دون بعض انفسخ العقد فى قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه، ويكون على المتسأجر مـا بقى، فلو سكن المستأجر شهرًا وتركها شـهرًا وسكن المالك عشرة أشهر لزم المـستأجر أجر شـهرين، وإن سكنها شهـرًا وسكن المالك شهرين ثم تركـها فعلى المتسأجـر أجر عشرة أشهر، ويحتـمل أن يلزم المستأجر أجر جمـيع المدة، وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصـرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجـر من الأجر ويلزمه الباقى، لأنه تصرف فـيما ملكه المـستأجر عليـه بغير إذنه فـأشبه ما لو تصـرف فى المبيع بعـد قبض المشتـرى له، وقبض الدار هـهنا قام مـقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التـصرف فى المنافع بالسكنى والإجارة وغيـرها، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بـقدر المسمى فى العـقد لم يـجب على المسـتـأجر شىء، وإن فـضلت منه فـضلة لزم المـالك أداؤها إلى المستأجر، والأول أولى، وهو ظاهر مذهب بالشافعى، وإن تصرف المالك قبل تسلم العين أو امتنع من تسليمـها حتى انقضت مدة الإجارة انفـسخت الإجارة وجهًا واحدًا، لأن الـعاقد قد

عوضاً فى البيع، قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويحفظها وولدها بينهما، فقال: أكره ذلك، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة، ولا أعلم فيه مخالفًا، لأن العوض معدوم مجهول لا يدرى أيوجد أم لا؟ والأصل عدمه، ولا يصلح أن يكون ثمنًا، **فإن قيل**: فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف مغلها، **قلنا**: إنما جاز ثم تشبـيهًا بالمـضاربة، ولأنها عـين تنمى بالعمل فجـاز اشتراط جـزء من النماء كالمـضاربة والمسـاقاة، وفى مسألتنا لا يمـكن ذلك، لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حـصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك، وذكر صاحب المحرر رواية أخرى: أنه يجوز بناء على ما إذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه، والأول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق، وعلى قياس ذلك إذا دفع نحله إلى من يقـوم عليه بجزء من عـسله وشمعـه، يخرج على الروايتـين، فإن اكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها صح، لأن العمل والمدة والأجر معلوم فصح، كمـا لو جعل الأجر دراهـم، ويكون النماء الحاصل بيـنهما بحكم الملك، لأنـه ملك الجزء المجعول له منها فى الحال فكان له نماؤه كما لو اشتراه.

١١- مـسـألة: (وإن قال: إن خطت الثوب اليوم فلك درهم، وإن خطتـه غدًا فلك نصف درهم فهل يصح؟ على روايتين):

أتلف المعقود عليـه قبل تسليمه فانفسخ العقـد، كما لو باعه طعامًا فأتلفـه قبل تسليمه، وإن سلمها إليـه فى أثناء المدة انفسخت فيمـا مضى ويجب أجر الباقى بالحصة كـالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضًا.

٨٩٥- **مسألة:** قال: (**فإن حوَّله المالك قبل تقضِّى المدة لم يكن له أجرة لما سكن**).

يعنى إذا استأجر عقارًا مدة فسكنه بعض المـدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شىء له من الأجرة، وقال أكثر الفقهاء: له أجـر ما سكن، لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة، فلزمه عـوضه كالمبيع إذا استوفى بعضـه ومنعه المالك بقيته كما لو تعـذر استيفاء الباقى لأمر غالب.

ولنا: أنه لم يسلم إليه ما عـقد الإجارة عليه فلم يستحق شـيئًا، كما لو استـأجره ليحمل كتابًا فحمله بعض الطريق، أو استأجره ليحفر له عـشرين ذراعًا فحفر له عشرًا وامتنع من حفر الباقى، وقيـاس الإجارة على الإجارة أولى من قياسـها على البيع، ويفارق مـا إذا امتنع لأمر غالب، لأن له عذرًا، والحكم فيمن اكترى دابة فـامتنع المكرى من تسليمها فى بعض المدة، أو آجر نفسه أو عـبده للخدمة مدة وامتنع من إتـمامها، أو أجر نفسه لبنـاء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شىء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل كالحكم فى العقار يمتنع من تسليمه، وأنه لا يستحق شيئًا لما ذكرنا.

إحـداهمـا: لا يصح، وله أجر المثل، نقلها أبو الحـارث عن أحمد، وهو مذهب مالك والثورى والشافعى وإسحـاق وأبى ثور، لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتـقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال: بعتك بدرهم نقدًا وبدرهمين نسيئة، **والثانية**: يصح، وهو قول الحارث العكلى وأبى يوسف ومحـمد، لأنه سمى لكل عمل عوضًـا معلومًا فصح، كـما لو قال: كل دلو بتمرة، وقال أبو حنيفة: إن خـاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غدًا لم يزد على درهمين، وقد ينقص عن نصف درهم، لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه، وقد رضى فى أكثـر العمل بدرهم فلا يزاد عليـه، وهذا لا يصح، لأنه إن صح العقد فله المـسمى، وإن فسد فوجوده كعدمه، فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة.

12- **مسألة:** (**وإن قال: إن خطته روميًا فلك درهم، وإن خطته فارسيًا فلك نصف درهم، فهل يصح؟ على وجهين**).

بناء على التى قبلها، والخلاف فيها كالتى قبلهـا إلاَّ أن أبا حنيفة وافق صاحبيه فى الصحة ههنا.

ولنا أنه عقد معاوضـة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصـح، كما لو قال: بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين: **أحدهما**: أن العمل الثانى ينضم إلى العمل الأول ولكل واحد منهما عوض مقدر، فـأشبه ما لو قال: بعتك هذه الصبرة

فصل: إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ، فإن فسخ فلا كلام، وإن لم يفسخ انفسخت الإجارة بمضى المدة يومًا فيومًا، فإن عادت العين فى أثناء المدة استوفى ما بقى منها، فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة لفوات المعقود عليه، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله، كما لو أسلم إليه فى شىء فهرب، ابتيع من ماله، فإن لم يكن ثبت للمستأجر الفسخ، فإن فسخ فلا كلام، وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل، لأن ما فى الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق، إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة، أو يتم العمل إن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر، فيكون له أجر ما عمل، فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال.

٨٩٦- **مسألة:** قال: (**فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه**).

وجملته: أن من استأجر عينًا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة:

كل قفيز بدرهم، وههنا الخياطة واحدة يشرط فيها عوضًا إن وجدت على صفه، وعوضًا إن وجدت على أخرى، أشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة، **والثانى:** أنه وقف الإجارة على شرط بقوله: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا، بخلاف قوله: كل دلو بتمرة.

فصل: نقل مهنا عن أحمد **فيمن استأجر من جمال إلى مصر بأربعين دينارًا، فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون، فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون**، فقال: إن اكترى إلى الرقة بعشرة واكترى إلى دمشق بعشرة وإلى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الأول، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا، ونقل عن أحمد فى رجل استأجر رجلاً يحمل له كتابًا إلى الكوفة وقال: إن أوصلت الكتاب يوم كذا فلك عشرون، وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالإجارة فاسدة وله أجر مثله، وهذا مثل الذى قبله.

13- **مسألة: (وإن أكراه دابة، وقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة، وإن رددتها غدًا فكراؤها عشرة، قال أحمد: لا بأس به)**.

نقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال: إن رددتها غدًا فكراؤها عشرة، وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة: لا بأس به، وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة، والظاهر عن أحمد برواية

أحدها: أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب: **أحدها**: أن تتلف قبل قبضها، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمـه، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه، **الثاني**: أن تتلف عقيب قبضها، فإن الإجارة تنفسخ أيضًا ويسقط الأجر فى قول عامة الفقهاء، إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال: يستقر الأجر، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع، وهذا غلط، لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل ذلك، فأشبه تلفها قبل قبض العين، **الثالث**: أن تتلف بعد مضى شىء من المدة فإن الإجـارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون مـا مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر مـا استوفى من المنفعـة، قال أحمد فى رواية ابراهيم بن الحـارث: إذا اكترى بعيرًا بعينه فنفق البعير يعطيه بحســاب ما ركب، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهمـا وتلفت الأخرى قبل قـبضها، ثـم ننظر فإن كان أجر الـمدة متسـاويًا فعليه بقـدر ما مضى، إن كان قد مـضى النصف فعليه نصف الأجر، وإن كان قد مـضى الثلث فعليه الثلث، كما يقسم الثمن على المبيع المتساوى، وإن كان مختلفًا كدار أجرها فى الشتاء أكثر من أجرها فى الصيف وأرض أجرها فى الصـيف أكثر من الشتاء أو دار لهـا موسم كدور مكة، رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة، ويسـقط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كـقسمة الثمن على

الجماعـة فيما ذكرنا فسـاد العقد على قياس بيـعتين فى بيعة، وقـال القاضى: يصح فى اليوم الأول دون الثانى، وقياس حديث على والأنصارى صحته فإن عليّا أجر نفسه ليهودى يستقى له كل دلو بتمرة، وكذلك الأنصارى، وسنذكره.

14- **مـسـألة: (وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشـرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم، فقال أحمد فى رواية أبى الـحارث: هو جائز)** ونقل ابن منصور عنه فيـمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا، فإن ذهب إلى عرفـات بكذا فلا بأس، ونقل عبد الله عنه لو قال: اكتريتـها بعشرة فما حبسها فعليه فى كـل يوم عشرة أنه يجوز، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجـرًا معلومًا صح، وتأول القاضى هذا كله علـى أنه يصح فى الأول ويفسد فى الثانى، لأن مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه، كما لو قال: استأجرتك لتحمل لى هذه الصبـرة وهى عشرة أقـفزة بدرهم وما زاد فبـحساب ذلك، قـال شيخنا: والظاهر عن أحـمد خلاف هذا، فإن قوله: فهو جائز، عـاد إلى جميع ما قبله وكذلك قوله: لا بأس، ولأن لكل عمل عوضًـا معلومًا فيصح كمـا لو استقى له كل دلو بتمرة، وقـد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه، ومسائل الصبرة لا نص فيها عن الإمام، وقياس نصوصه صحة الإجارة، وإن سلم فسادها فلأن القفـزان التى شرط عملها غـير معلومة بتـعيين ولا صفـة وهى مختلفة فلم يصـح العقد لجهالتها بخلاف الأيام، فإنها معلومة.

الأعيان المختلفة فى البيع، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة، كبيعر استأجره على حمل شىء إلى مكان معين وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة، وهذا ظاهر مذهب الشافعى.

فصل: القسم الثانى: أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها، فهذه ينظر فيـها، فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهى كالتالفـة سواء، وإن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له، مثل أن يمكـن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها، أو نصب خـيمـة فى الأرض التى استـأجرها لـلزرع، أو صيـد السمك من الأرض التى غـرقت انفسخت الإجارة أيضًا، لأن المـنفعة التى وقع عليها العقد تلفت فانفـسخت الإجارة، كما لو استأجر دابة ليـركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتـدور فى الرحى، وقال القاضى فى الأرض التى ينقطع مـاؤها: لا تنفسخ الإجـارة فيهـا وهو منصوص الشـافعى، لأن المنفعـة لم تبطل جملة، لأنه يمكن الانتـفاع بعرصة الأرض بنصب خـيمة أو جمع حطب فـيها، فأشـبه ما لو نقص نفعها مع بقائه، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مـات، وإن اختار إمضـاء العقد فعليـه جميع الأجر، لأن ذلك عـيب، فإذا رضى به سقط حكمـه، فإن لم يختـر الفسخ ولا الإمـضاء إما لجـهله بأن له الفسخ أو لغـير ذلك فله الفسخ بعـد ذلك، والأول أصح، لأن بقاء غـير المعـقود عليه لا يمنع انـفساخ العـقد بتلف المعقود عليه كما فى البيع، ولو كان النفى الباقى فى الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركـوب فصارت لا تصلح إلا للحمل أو بالعكس انفسخ العقـد وجهًا واحدًا، لأن

15- مسألة: (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكترى لمدة غزاته).

وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: الأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك: قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفًا.

ولنا: أن المدة مجهولة والعمل مجهول فلم يجـز كما لو اكتراها لمدة سفره فى تجارته، ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر، ولا حد لها تعرف به، والعمل فيها يقل ويكثر، ونهاية سفرهم تقرب وتبعد، فلم يجز التقدير بها كغيرها من الأسفار المجهولة، فإن فعل ذلك فله أجر المثل كالإجارات الفاسدة.

16- مسألة: (وإن سمى لكل يوم شيئًا معلومًا فجائز).

وقال الشافعى: لا يصح، لأن مدة الإجارة مجهولة.

ولنا: أن عليًا ﷺ أجر نفسه كل دلو بتـمرة، وكذلك الأنصارى فلم ينكره النبى ﷺ، ولأن كل يوم معلوم مدته وأجـره فصح كما لو أجره شهرًا كل يوم بدرهـم، أو استأجره لنقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم، إذا ثبت هذا فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب أو حمل معلوم، ويستحق الأجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو سارت، لأن المنافع ذهبت فى مدته أشبه ما لو اكترى دارًا وغلقها ولم يسكنها.

المنفعة البـاقية لا يملك استيفاءها مع سـلامتها فلا يملكها مع تعـيبها كبيـعها، وأما إن أمكن الانتفاع بالعـين فيما اكتـراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغـير ماء أو كان الماء ينحسر عن الأرض التى غـرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو بسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما فى خيمة أو غيرها لم تنفسخ الإجارة، لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشـبه ما لو تعيبت، وللمـتسأجر خيار الفـسخ على ما ذكرنا، إلا فى الدار إذا انهدمت فإن فيها وجهين: **أحدهـما**: لا تنفسخ الإجارة، **والثـانى**: تنفسخ، لأنه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها، ولذلك لا يسـتأجر أحد عرصة دار ليسكنها، فأما إن كان الحادث فى العين لا يضرها كغـرق الأرض بماء ينحسر فى قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره، وانقطاع المـاء عنها إذا ساق المؤجر إلـيها ماء من مكان آخر أو كـان انقطاعه فى زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ، لأن هذا ليس بعيب، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكترى الخيار فى تبقية العين، لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الإمساك أمسك بالحصة من الأجر، كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام فى يد البائع.

فـصل: القسم الـثالث: ان تغصب العين المستأجرة فللمسـتأجر الفسخ، لأن فيه تأخير حقـه، فإن فسخ فـالحكم فيـه كما لو انفـسخ العقد بتلف العـين سواء، وإن لم يفـسخ حتى

17- مـسـألة: (وإن أكراه كل شهـر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصـوص عن أحمد أنه يصح، وكلما دخـل شهر لزمـهما حكم الإجـارة، ولكل واحد منهمـا الفسخ عند انقـضاء كل شهر، وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح).

اخـتلف أصحـابنا فى ذلك، فـقـال القاضى: يـصح، ونص عليه أحـمـد فى رواية ابن منصور، وهو اختيـار الخرقى، لأن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بـإطلاق العقد، لأنه معلوم يلى العقد وأجـره معلوم، وما بعده من الشـهور يلزم العقد فـيه بالتلبس به، وهو السكنى فى الدار إن أجره دارًا، لأنه مـجهول حال العـقد، فإذا تلبس به تعين الدخـول فيه فصح بالـعقد الأول، وإن لم تتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتى، وهذا مذهب أبـى ثور وأصحاب الرأى، وحكـى عن مالك نحو هـذا إلاَّ أن الإجارة لا تكون لازمة عنده، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلاَّ فى اللزوم.

واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامـد وابن عقيل أن العقد لا يصح، وهو قول الثورى، والصحيح من قـولى الشافعى، لأن كل اسم للعدد، إذا لم يقـدره كان مجهولاً فـيكون فاسدًا كقوله: أجرتك أشهرًا، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة، ووجه الأول أن عليّـا استقى لـرجل من اليهود كل دلو بتـمرة وجاء به إلـى النبى ﷺ فأكل منه، قال: كنت أدلو الدلو بتمـرة وأشترطها جلدة، وعن رجل من الأنصار أنه قـال ليهودى:

انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقًا بل إلى بدل وهو القيمة، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التى تقول: إن منافع الغصب لا تضمن، وهو قول أصحاب الرأى، ولأصحاب الشافعى فى ذلك اختلاف، وإن زادت العين فى أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقى منها، ويكون فيما مضى من المدة مخيرًا كما ذكرنا، وإن كانت الإجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شىء إلى موضع معين فغصب جمله الذى يحمل عليه وعبده الذى يخيط له لم ينفسخ العقد، وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل، لأن العقد على ما فى الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبًا فرده، فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها.

فصل: القسم الرابع: أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا.

فصل: القسم الخامس(*): أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك،

أسقى نخلك؟ قال: نعم كل دلو بتمرة، فاشترط الأنصارى أن لا يأخذه خدرة ولا تارزة ولا حشفة، ولا يأخذ إلاَّ جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبى ﷺ، رواهما ابن ماجه(5)، وهو نظير مسألة إجارة الدار، ونص فى المسألة الأخرى، ولأن شروعه فى كل شهر مع تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا وجد من المساومة ما دل على التراضى بها، فعلى هذا متى ترك التلبس به فى شهر لم تلزم الإجارة فيه لعدم العقد، وكذلك إن فسخ وليس بفسخ فى الحقيقة، لأن العقد الثانى ما ثبت، والقياس يقتضى عدم الصحة، لأن العقد تناول جميع الأشهر، وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع فى الشهر الذى يلى الأول مع كون الشهور كلها داخلة فى اللفظ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثانى فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد، قال شيخنا: ولا يصح هذا العذر، لأن العقد الفاسد فى الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه، وقول مالك لا يصح، لأن الإجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة.

(*) لقد ذكر المؤلف (رحمه الله تعالى) فى أول المسألة أنها ثلاثة أقسام، وها هى قد وصلت إلى خمسة، فربما أثناء كتابته زاد اثنين، وسها عليه الرجوع إلى المسألة لتصحيح الرقم إلى (خمسة) والله أعلم.

(5) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٨) وفى إسناده عبد الله بن سعيد بن كيسان، قال الحافظ فى التقريب: متروك، وقد تم تخريجه مستوفًى فى المسألة (٧٣٨) برقم (٨٠).

فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استأجر دابة ليركبهـا أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حـادث، أو اكتـرى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريـق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استـيفاء المنفعة جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما، فـأما إن كان الخوف خـاصًا بالمستـأجر مثل أن يخاف وحده لـقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم فى طريقه لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكليـة فأشبه مرضه، وكذلـك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تـلف متاعه لم يملك فسخ الإجارة لذلك، لأنه ترك استـيفاء المنافع لمعنى من جهـته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً.

فصل: وإذا اكترى عينًا فوجد بها عيبًا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، وقال ابن المنذر: إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جمـوحًا أو عضوضًا أو نفورًا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتـرى الخيار، إن شاء ردها وفسخ الإجارة وإن شاء أخذها، وهذا قول أبى ثور وأصحـاب الرأى، ولأنه عيب فى المعقود علـيه فأثبت الخيار كـالعيب فى بيوع الأعيان، والعيب الذى يرد به مـا تنقص به قيمة المنفعة كتعثـر الظهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وربض البهـيمة بالحمل وكونها جموحة أو عـضوضة أو أشباه ذلك، وفى

فصل: إذا قال: أجرتك دارى عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف ، لأن المدة معلومة والأجـر معلوم وليس لواحد منهـما فسخ بحال، لأنها مـدة واحدة فأشبـه ما لو قال: أجرتك عشرين شهرًا بعشرين درهمًا، فإن قـال: أجرتكها شهرًا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح فى الشهر الأول، لأنه أفـرده بالعقد، وبطل فى الزائد، لأنه مجهـول، ويحتمل أن يصح فى كل شهر تلبس به كمـا لو قال: أجرتكها كل شهر بدرهم، لأن مـعناهما واحد، ولو قال: أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهـر بعد ذلك بدرهم، أو بدرهمين، صح فى الأول، وفيما بعده وجهان لما ذكرنا.

فصل: فى مسائل الصبرة وهى عشر مسائل: **إحداها:** أن يقول: استأجرتك لحمل هذه الصبرة إلى مـصر بعشرة، فهى صحـيحة بغير خـلاف نعلمه، لأن الصبرة معلومـة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليـها كما لو علم كيلها، **الثانـية:** قال: استأجرتك لتحـملها كل قفيز بدرهم فيصح، وبه قـال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يصـح فى قفيز ويبطل فيمـا زاد، ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها، وقد ذكرناه، **الثالثة:** قال: لتحملها لى قفيزًا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك، فيجوز كما لو قال: كل قفيـز بدرهم، وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها، كقوله: لتحـمل قفيزًا منها بدرهم وسـائرها أو باقيها بحساب ذلك، أو قـال: وما زاد بحساب ذلك يريد باقيـها كله إذا فـهما ذلك من اللفظ لـدلالته عندهما عليـه أو لقرينة صـرفت إليه،

المكترى للخدمة ضعف البصـر والجنون والجذام والبرص، وفى الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطهـا وانقطاع الماء من بئرها أو تغيـره بحيث يمتنع الشرب والوضـوء وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شىء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكترى خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضـها إلا شيئًا فشيئًا، فـإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض البـاقى من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيـما بقى منها، ومتى فسخ فالحكم فيه كمـا لو انفسخ العقد بتلف العين، وإن رضى المقـام ولم يفسخ لزمـه جميع العـوض، لأنه رضى به ناقصًـا فأشبـه ما لو رضى بالمبيع مـعيبًا، وإن اختلفا فى المـوجود هل هو عيب أو لا؟ رجع فيه إلى أهل الخـبرة، فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشى أو أنها تتـعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ، وإن قـالوا: هو عيب، فله الفسخ، هذا إذا كان العـقد يتعلق بعينهـا، فأما إن كانت موصوفة فى الذمة لم ينفسخ العقـد، وعلى المكرى إبدالها، لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته، فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكترى الفسخ أيضًا.

فصل: وعلى المكرى ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام، لأن عليه التمكين من الانتـفاع، وتسليم مفاتيـحها تمكين من الانتفـاع فوجب عليه، فإن ضـاعت بغير تفريط من المكترى فعلى المكرى بدلها، لأنها أمـانة فى يد المكترى فأشبه ذلك حيطان الدار

الرابعـة: قال: لتحمل قفيزًا منها بدرهم وما ازد فبحساب ذلك يريد مهما حملته من باقيها فلا يصح، ذكره القاضى، وهو مذهب الشافعى، لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح، لأنه فى معنى كل دلو بتمرة، **الخامسـة**: قال: لتنقل لى منها كل قفيز بدرهم فهى كالرابعـة سواء، **السـادسة**: قال: لتحمل لى منها قفـيزًا بدرهم على أن تحمل الباقى بحساب ذلك فلا يصح، لأنه فى معنى بيـعتين فى بيعة، ويحتمل أن يصح، لأن مـعناه لتحمل لى كل قفيـز منها بدرهم، **السـابعـة**: قال: لتحمل لى هذه الصبرة كل قـفيز بدرهم وتنقل لى صبرة أخرى فى البيت بحساب ذلك، فإن كانا يعلمان الصبرة التى فى البيت بالمشاهدة صح فيهما، لأنهما كالصـبرة الواحدة، وإن جهل أحدهما صح فى الأولى وبطل فى الثانية، لأنـهما عقدان أحدهما على معلوم والثانى على مجهول فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول، كما لو قال: بعتك عبدى هذا بعشرة وعبدى الذى فى البيت بعشرة، **الثـامنة**: قال: لتحمل لى هذه الصبرة والتى فى البيت بعشرة، فإن كانا يعلمان التى فى البيت صح فـيهما، وإن جهلاها بطل فيهما، لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التى قبلها، فإن كانا يعلمان التى فى البيت لكنها مـغصوبة، أو امتنع تصحـيح العقد فيها لمـانع اختص بها بطل العقد فـيها، وفى صحته فى الأخـرى وجهان بناء على تفريق الصفـقة إلاَّ أنها إن كانت قفزانهـا معلومة أو قدر إحداهما معلوم من الأخرى فالأولى صحته، لأن قسط الأجر فيها معلوم، وإن لم يكن كذلك

وأبوابها، وعليـه بناء حائط إن سقط وإبدال خـشبه إن انكسـرت، وعليه تبليط الحمـام وعمل الأبواب والبزل(*)، ومجرى الماء، لأنه بذلك بتمكن من الانتفاع، وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبـكرة فعلى المكترى، وأما التحـسين والتزويق فلا يلزم واحـدًا منهما، لأن الانتفـاع ممكن بدونه، وأمـا تنقيـة البالوعـة والكنف فإن احـتيج إلى ذلك عند الكراء فـعلى المكرى، لأن ذلك ممـا يتمكن به من الانتفـاع، وإن امتلأت بفعل المكتـرى فعليه تفريغـها، وهذا قول الشافعى، وقال أبو ثور: هو على رب الدار، لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكترى وهى مـلأى، وقال أبو حنيفة: القـياس أنه على المكترى، والاستـحسان أنه على رب الدار، لأن عادة الناس ذلك.

ولنا: أن ذلك حصل بفعل المكترى فكان علـيه تنظيفه كما لو طرح فيهـا قماشًا، والقول فى تفـريغ جيـة الحمـام(١٦) التى هى مصـرف الماء كـالقول فى بالوعـة الدار، وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل أو قـمامة من فـعل الساكن فعليـه نقله، وهذا قول الشـافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى.

فـصل: وإن شرط على مكترى الحمام، أو غـيره أن٤ مدة تعطيله عليه لم يجز، لأنـه لا يجوز أن يؤجـر مدة لا يمكن الانتفاع فى بعـضها، ولا يجـوز أن يشترط أنه يستـوفى بقدرها بعض انقضـاء مدته، لأنه يؤدى ألى أن يكون انتهاء مـدة الإجارة مجهـولاً، فإن أطلق وتعطل

فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها، **التاسـعة:** قال: لتحمل لى هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة بدرهم، فإن زادت على ذلك فالزائد بـحساب ذلك صح فى العشرة، لأنهـا معلومة ولم يصح فى الزيادة، لأنها مشكوك فيها، ولا يجوز العقد على ما يشك فيه، **العاشرة:** قال: لتحمل لى هذه الصبرة كل قفيـز بدرهم، فإن قدم لى طعام فحملته فبحـساب ذلك صح أيضًا فى الصبرة وفسد فى الزيادة لما ذكرنا.

فـصل: قال المصنف رحمه الله **(الثالث: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء، ولا إجارة دار ليجعلها كنيسة أو بيت نار، أو لبيع الخمر أو القمار).**

وجملة ذلك أن من شرط صحة الإجارة أن تكون المنفعة مباحة، فإن كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجز الاستئجار لفعله، وبه قـال مالك والشافعى وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبى والنخعى، لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة الأمة للزنا قـال ابـن المنذر: أجـمع كـل من نحـفظ عنـه من أهل العلم علـى إبطال إجـارة النائـحـة والمغنية(6).

(*) فى بعض النسخ: البرك.

(١٦) جية الحمام: الجية هى الموضع الذى يجتمع فيه الماء.

(6) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٧/ برقم ٥٥٧).

فهو عـيب حادث، والمكترى بالخيـار بين الإمساك بكل الأجر وبين الفـسخ، ويتخرج أن له أرش العيب قياسًا عـلى المبيع المعيب، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضـت مدة الإجارة فعليه الأجر كله، لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه مـا لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيبًا فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف فى يده.

فـصل: وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكرى، كعمارة الحمام إذا شرطها على المكترى فالشرط فاسد، لأن العين ملك للمؤجر فنفـقتها عليه، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكرى، لأنـه أنفقه على ملكه بشرط العوض، فإن اخـتلفا فى قدر ما أنفق فالقـول قول المكرى، لأنه منكر، فإن لم يشترط لكن أذن له فى الإنفاق لـيحتسب له من الأجر ففعل ثم اختلفا فـالقول قول المكرى أيضًا، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشىء، لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك فأشبه ما لو عمر دارًا له أخرى.

٨٩٧- **مـسـألة:** قـال: **(ومن استؤجر لعـمل شىء بعينه فمرض أقيم مقـامه من يعمله والأجرة على المريض).**

وجـملة ذلك: أنه يجوز استئجار الآدمى بغير خلاف بين أهل العلم وقد أجر موسى عليه السـلام نفـسـه لـرعـاية الغنم(١٧)، واسـتأجـر النبى ﷺ وأبو بكر رجـلاً ليـدلهمـا على الـطريـق(١٨)، وذكر النبى ﷺ رجلاً اسـتأجر أجراء، كل أجير بِفَـرَقٍ من ذرة وقال: «إنما

فصل: ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء أو نوحًا، وقال أبو حنيفة: يجوز.

ولنا: أنه انتفاع بمـحرم أشبه ما ذكرنا، ولا يجـوز الاستئجار على كتب شـعر محرم ولا بدعة ولا شىء محرم لذلك.

فـصل: ولا تجوز إجارة داره لمن يتخدها كنيسة أو بيـعة أو لبيع الخمر أو القمار، وبه قال الجماعة، وقال أبو حنيفة: إن كان بيـتك فى السواد فلا بأس، وخالفه صاحباه، واختلف أصحابه فى تأويل قوله.

ولنا: أنه فعل محـرم فلم تجز الإجارة عليه كـإجارة عبده للفجـور، ولو اكترى ذمى من مسلم دارًا فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه، وبذلك قال الثورى، وقال أبو حنيفة: إن كان بيتك فى السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء.

ولنا: أنه محرم جاز المنع منه فى المصر فجاز فى السواد كقتل النفس المحرمة.

18- **مـسـألة: (ولا يجوز الاستـئجار على حمل المـيتة والخمـر، وعنه يصح للحر أكل أجرته).**

لا يجوز الاستئجـار على حمل الخمر لمن يشتريها أو يأكل المـيتة ولا على حمل خنزير لذلك، وبه قال أبو يوسف ومحمـد والشافعى، وقال أبو حنيفة: يجـوز، لأن العمل لا يتعين

---

(١٧) تقدم تخريجه برقم (١). (١٨) تقدم برقم (٢).

مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجراء، فقال: من يعمل لى من غدوة إلى نصف النهار على قيراط قـيراط؟ فعملت اليهود، ثم قال: من يعـمل لى من نصف النهار إلى العصر على قيراط قيـراط؟ فعملت النصارى، ثم قال: من يعمل لى من العـصر إلى غروب الشمس على قيراطين قيراطين؟ فعملتم أنتم، فغضبت اليهود والنصارى، وقالوا: نحن أكثر عملاً وأقل أجـرًا فقـال: هل ظلمتكم من أجـركم شيـئًـا؟ قالوا: لا، قـال: فإنمـا هو فضلى أوتيـه من أشـاء»[١٩] ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فـجازت إجارته كالدور، ثم إجارته تقع على ضـربين: **أحدهـما:** استئجار مدة بعينها لعمل بعـينه، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانى حجج واستئجار الأجراء المذكورين فى الخبر، **والثانى:** استئجاره على عمل معين فى الذمة، كاستئجار النبى ﷺ وأبى بكر دليلاً يدلها على الطريق واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك نوعين: **أحدهما:** أن تقع الإجارة على عين كإجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل مـعين، **والثـانى:** أن تقع على عمل فى الذمة كخيـاطة قميص وبناء حائط، فمتى

عليه بدليل أنه لو حـمله مثله جاز، لأنه لو قـصد إراقتـه أو طرح الميتة جـاز، وقد روى عن أحمد فـيمن حمل خنزيرًا لذمـية أو خمرًا لنصـرانى: أكره أكل كرائه، ولكن يقضى للـحمال بالكراء، فإذا كان لمسلم فهو أشد، قال القاضى: هذا محـمول على أنه استأجره ليريقها، فأما للشرب فمحظور لا يحل أخذ الأجر عليه.

قال شـيخـنا: وهذا تأويل بعيـد لقوله: أكـره أكل كرائه، وإذا كـان لمسلـم فهـو أشد، والمذهب خلاف هذه الرواية، لأنه استئجـار لفعل محرم فلم يصح كالزنا، ولأن النبى ﷺ لعن حاملهـا والمحمـولة إليه[7]، وقول أبى حنيفـة: لا يتعين، يبطل بما لو استـأجر أرضًا ليتخذها مسجدًا، فأما حمل الخمر لإراقتها والميتة لطرحها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز، لأن ذلك مباح، وقد اسـتأجر النبى ﷺ أبا طيبة فـحجمه[8]، وقـال أحمـد فى رواية ابن منصور فـيمن يؤاجر نفـسه لنظارة كرم نصـرانى: يكره ذلك، لأن الأصل فى ذلك راجع إلى الخمر.

فـصـل: قد ذكرنا أن الاسـتئجار لكسح الكنيف جائز إلاَّ أنه يكره له أكل أجـرته كأجرة الحجام بل هذا أولى، وقد روى سعيد بن منصور أن رجلاً حج وأتى ابن عباس فقال له: إنى رجل أكنس فما ترى فى مكـسبى؟ قال: أى شىء تكنس؟ قال: العذرة، قـال: ومنه حججت

---

(١٩) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٦٨/ فتح) والترمذى (٥/ ح ٢٨٧١) وأحمد فى مسنده (٢/ ٦، ١١١).

(7) سيأتى برقم (٥٤) من كتاب المغنى.

(8) أخرجه البـخارى (١٠/ ح ٥٦٩٦/ فـتح) ومـسلم (٣/ مسـاقـاة/ ١٢٠٤/ ح ٦٢) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٤) والترمـذى (٣/ ح١٢٧٨) وأحمـد فى مسنده (٣/ ١٠٠، ١٧٤، ١٨٢) ومالك فـى الموطأ (٢/ ٩٧٤) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٦٢٢) من حديث أنس بن مالك.

كانت على عمـل فى ذمته فمرض وجب عليـه أن يقيم مقامـه من يعمله، لأنه حق وجب فى ذمته فـوجب عليه إيفاؤه كالمـسلم فيه ولا يجب على المـستأجر إنظاره، لأن العـقد بإطلاقه يقتضى التـعجيل وفى التأخـير إضرار به، فأما إن كـانت الإجارة على عبده فى مـدة و غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه، لأن الإجـارة وقعت على عمله بعينه لا على شىء فى ذمته وعمل غيره ليس معقودًا عليه، وإنما وقع العقد على مـعين فأشبه ما لو اشترى معينًا لم يجز أن يدفع إليه غيره ولا يبـدله بخلاف ما لو وقع فى الذمة، فإنه يجوز إبدال المعـيب، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمـه والمبيع المعيـن بخلافه، فكذلك الإجارة، وإن كانت الإجـارة على عمل فى الذمة لكنه لا يقـوم غير الأجير مـقامه كالنسخ فإنه يخـتلف القصد فيه بـاختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ولا يلزم المسـتأجر قبول ذلك إن بذله الأجير، لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ كـحصوله منه، فأشبـه ما لو أسلم إليه فى نوع فسلم إليه غـيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الأعيان.

فــصل: يجوز الاستـئجار لحفـر الآبار والأنهار والقنىِّ، لأنها منفعة مـعلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الإجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين، فإن قيده بمدة بنحو أن يقول: استـأجرتك شهرًا لتحفر لى بئرًا أو نهرًا، لم يحتج إلى معرفة القـدر وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليـلاً حَفَرَ أو كثيرًا، ويحتـاج إلى معرفة الأرض التى يحفر فيها، وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى معرفتها، لأن الغرض لا يختلف بذلك، والأول أولى ـ إن شاء الله ـ لأن الأرض قد تكون صلبـة فيكون الحفر عليه شـاقّا، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه، وإن قدره بالعمل فـلا بد من معرفة الوضع بالمشاهدة، لأن المواضع

ومنه تزوجت؟ قال: نعم، قال: أنت خبيث وحـجك خبيث وما تزوجت خبيث(*)، ونحـو هذا، ولأن فيه دناءة فكره كالحـجامة، وإنما قلنا بجواز الإجارة عليه لدعـوى الحاجة إليه ولا يندفع ذلك إلا بالإباحة فجاز كالحجامة.

فــصل: ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به ويرده ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ولا النقـود ليتجمل بها الدكان، لأنها لم تخلق لذلك ولا تراد له، فبذل العوض فيـه سفه وأخذه من أكل المال بالباطل، وكذلك اسـتئجار ثوب ليوضع على سرير المبيت لما ذكرنا.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **والإجارة على ضربين: أحدهما:** إجارة عين فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، كالأرض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحـبال والخيام والمحـامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشـباه ذلك، وقد ذكرنا بعض ذلك فى مواضعه.

(*) لم نجده فى المطبوع من السنن.

تختلف بالسهولة والصـلابة، ولا ينضبط ذلك بالصفة، ويعرف دور البئر وعمـقها وطول النهر وعمقه وعرضـه، لأن العمل يختلف بذلك، فإذا حفر بئرًا فـعليه شيل التراب، لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك، فقد تضمنه العقد، فإن تهور تراب من جـانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله، وكـان على صاحب البئر، لأنه سـقط فيها من ملكه، ولم يتضـمن عقد الإجارة رفعه، وإن وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الـحفر لم يلزمه حفره، لأن ذلك مخالف لما شـاهده من الأرض، وإنما اعتـبرت مشاهدة الأرض، لأنـها تختلف، فإذا ظـهر فيهـا ما يخالف المشاهدة كان له الخيار فى الفسخ، فإذا فسخ كان له من الأجر بحصة ما عمل فيقسط الأجر على مـا بقى وما عمل، فيـقال: كم أجر مـا عمل؟ وكم أجر ما بقى؟ ويقـسط الأجر المسمى عليهـما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع، لأن أعلى البـئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه، وإن نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا.

فـصل: **ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا** ، ويكون على مدة أو عمل، فإن قدره بالعمل احـتاج إلى تبيين عـدده، وذكر قالبه وموضع الـضرب، لأن الأجر يختلف باخـتلافه لكون التراب فى بعض الأماكن أسـهل والماء أقرب، فإن كان هناك قالب مـعروف لا يختلف جاز، كـما إذا كان المكيال مـعروفًا، وإن قـدره بالطول والعرض والسمك جـاز، ولا يكتفى

19- **مسألة:** **(ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه)** .

إذا كان الخشب معلومًا والمدة معلومة، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

ولنا: أن هذه منفعـة مقصـودة مقدور على تسليـمها واستـيفائهـا فجازت الإجارة عليـها كاستئجار السطح للنوم عليه.

20- **مسألة:** **(ويجوز استئجار حيوان ليصيد به إلا الكلب)** .

يجوز استئجار الفـهد والبازى والصقر ونحوه للصيد فى مدة معلومة، لأن فيـه نفعًا مباحًا تجوز إعارته فجازت إجـارته له كالدابة، فأما إجارة سباع البهـائم والطير التى لا تصلح للصيد فلا تجوز إجـارتها، لأنه لا نفع فيهـا، وكذلك إجارة الكلب والخنزير، لأنه لا يجـوز بيعه، ويتخرج جواز إجارة الكلب الذى يباح اقتناؤه، لأن فيه نفعًا مباحًا تجوز إعارته له فجاز إجارته له كغيره، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

21- **مسألة:** **(ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف فى أحد الوجهين)** .

تجوز إجارة كتب العلم التى يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتـفاع المقصـود المحتاج إليه، وهذا مـذهب الشافعى، ومقـتضى قول أبى حنيفة: أنه لا تجوز إجارتها، لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس فى ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك، كما لا يجوز أن يستأجر سقفًا لينظر إلى عمله.

ولنا: أن فيه نفـعًا مباحًا يحتـاج إليه تجوز الإعارة له فجازت الإجـارة له كسائر المنافع،

بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن معروفًا لأن فيه غررًا، وقد يتلف القالب، ولا يصح كما لو أسلم فى مكيال بعينه.

فـصل: ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل، فإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه، لأنه يختلف أيضًا بقـرب الماء وسهولة التراب، ولا يد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد(*)، وآجر أو غير ذلك، قال ابن أبى موسى: وإذا استأجره لبناء ألف لبنة فى حائطه أو استأجره يبنـى له فيه يومًا فعمل ما استأجره عليه، ثم سقط الحائط فله أجره، لأنه وَفَّى العـمل، وإن قال ارفع لى هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط، فعليه إعادة مـا سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الزرع، وهذا إذا لم يكن سقـوطه فى الأول لأمر من جهة العـامل، فأما إن فرط أو بناه مـحلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه.

فـصل: ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها، ولا يجوز على عمل معين، لأن الطـين يختلف، فمنه رقيق وثخـين، وأرض السطح تختلف، فمنها العـالى ومنها النازل، وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز إلا على مدة.

فـصل: ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرًا مباحًا أو سجلات، نص عليه فى رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأسًا، ولا بد من التقدير بالمـدة أو العمل، فإن قدره بالعمل ذكر عـدد الأوراق وقدرها، وعدد السطور فى كل

وفارق النظر إلى السقف، فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالإعارة من أجله، وتجوز إجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك.

فـــصل: وفى إجارة المـصحف وجهان: أحـدهما: لا يصح إجارته، لأنه لا يصح بيـعه إجـلالاً لكتاب الله تعـالى وكلامـه عن المعـاوضة به وابـتذاله بالثـمن فى البيع والأجـرة فى الإجـارة، **والثـانى**: يصح، وهو مذهب الشافعى، لأنه انتفـاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت إجارته كسائر الكتب، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الإجارة كالحر.

فـــصل: والذى يحرم بيعه تحرم إجارته إلاَّ الحـر والوقف وأم الولد فإنه يجوز إجارتها، وإن حرم بيعها، وما عدا ذلك لا تجوز إجارته، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

22- مـسألة: (ويجوز استئجار النقد للتحلى والوزن لا غير).

إذا كان فى مـدة معلومة، وبه قال أبو حنيـفة، وهو أحد الوجـهين لأصحاب الشـافعى، والوجه الآخر أنه لا تجوز إجارتها، لأن هذه المنفعـة ليست المقصود منها، ولذلك لا نضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع.

(*) الشـيد: هو مـا طلى به الحائـط من جص وغيـره، مثل دهان الحـوائط عندنا فى هذا الزمـان بالزيت والبلاستيك والمصيص وغير هذا.

ورقة وقدر الحـواشي ودقة القلم وغلظه، فإن عرف الخط بالمشـاهدة جاز، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضـبطه وإلا فلا بد من مشاهدته، لأن الأجـر يختلف باختلافه، ويجـوز تقدير الأجر بأجزاء الفـرع ويجوز بأجزاء الأصل المنسـوخ منه، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجـر واحد جاز، وإذا أخطأ بالـشيء اليسيـر الذى جرت العـادة به عفى عنه، لأن ذلك لا يمكن التـحرز منه، وإن أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به، قال ابن عقيل: وليس له محـادثة غيـره حالة النسخ ولا التـشاغل بما يشـغل سره ويوجب غلطه، ولا لغـيره تحـديثه وشغله، وكذلك كل الأعمال التى تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما.

فصل: ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفًا فى قول أكثر أهل العلم، وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار، وبه قال أبو حنيـفة والشافعى، وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن سيرين: لا بأس أن يستـأجر الرجل شهرًا ثم يستكتبه مـصحفًا، وكره علقمة كـتابة المصحف بالأجـر، ولعله يرى أن ذلك مـما يخـتص فاعـله بكونه من أهل القـربة، فكره الأجر عليـه كالصلاة.

ولنا: أنه فعل مـباح يجوز أن ينوب فـيه الغيـر عن الغير فجـاز أخذ الأجر عليـه ككتابة الحديث وقد جاء فى الخبر «أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»(٢٠).

فـــصل: ويجوز أن يستـأجر لحصاد زرعه، ولا نعلم فيـه خلافًا بين أهل العلم، وكـان ابراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع، ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه

ولنا أنها عيـن أمكن الانتفاع بها على بقـاء عينها منفعة مـباحة فأشبـهت الحلى، وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما يتلف عينه.

23- مسألة: (فإن أطلق الإجارة لم يصح فى أحد الوجهين ويصح فى الآخر وينتفع بها فى ذلك).

وهذا اختـيار أبى الخطاب، لأن منفعـتها فى الإجارة مـتعينة فى التـحلى والوزن، وهما متقـاربان فوجب أن نحمل الإجارة عند الإطـلاق عليهما كاسـتئجار الدار مطلقـًا، فإنه يتناول السكنى ووضع المتـاع فيها، فعلـى هذا ينتفع بها فيـما شاء منهما، وقـال القاضى: لا تصح الإجارة وتكون قـرضًا، وهذا مـذهب أبى حنيفة، لأن الإجـارة تقتضـى الانتفاع، والانتـفاع المعتاد بـالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها، فـإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفـاع المعتاد، وقال أصحـاب الشافعى: لا تصح الإجارة ولا تكون قـرضًا، لأن التحلى ينقـصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفـاع فلم يجز إطلاقها، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض، لأن

---

(٢٠) ذكره البخارى مـعلقًا من حديث ابن عباس (٤/ ص٥٢٩) وأخرجه الـدارقطنى (٣/ ح٢٤٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٢٤) وقال: رواه البخارى فى الصحيح عن سـيدان بن مضارب عن أبى معشر، وابن حبان (٧/ ح٥١٢٤) وأورده الألبانى فى إرواء الغليل (ح١٤٩٤) والحديث صحيح.

على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجـلاً لسقى زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليحتطب له، لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع، قال أحمد فى رجل استأجر أجـيرًا على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهمـا وعلى حمير لرجل آخر، ويأخـذ منه الأجرة، فإن كان يدخل عليـه ضرر يرجع عليه بالقيمة، فظاهر هذا أن المسـتأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضـر باشتغاله عن عمله لأنه قال: إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشىء لأنه اكتـراه لعمل فوفاه على الـتمام فلم يلزمه شىء، كـما لو استأجـره لعمل فكان يقرأ القرآن فى حال عمله، فإن ضر المستأجـر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقـيمة ما عمله لغـيره لأنه صرف منافعه المـعقود عليها إلى عـمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها، كـما لو عمل لنفسه، وقال القاضى: معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذى أخذه من الآخر، لأن منافعه فى هذه المدة مملوكة لغـيره، فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره.

فـــصل: ويجوز الاستئـجار لاستيفاء القصاص فى النفس فـما دونهما، وبه قال مـالك والشافعى وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: لا يجوز فى النفس، لأن عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين، إذ يمكن أن يضرب مما يلى الرأس ومما يلى الكتف فكان مجهولاً.

ولنا: أنه حق يجـوز التوكيل فى اسـتيفـائه لا يختص فـاعله بكونه من أهل القربة فـجاز

القرض تمليك للعين، والإجارة تمليك المنفعة تقتضى الانتـفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر، ولأن التسـمية والألفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعهد فى اللسان التـعبير بالإجارة عن القرض، قال شيخنا: وقول أبى الخطاب أصح ـ إن شاء الله تعالى ـ لأن العقد متى أمكن حمله على الصحـة كان أولى من إفساده، وقد أمكن حـملها على إجارتها للجـهة التى تجوز إجارتها فيها، وقول القاضى لا يصح، لما ذكـرنا، وما ذكر أصحاب الشافعى من نقص العين بالاستعمال فى التحلى فبعيد، فإن ذلك يسير لا أثر له، فوجوده كعدمه.

فـــصل: ويجوز أن يستأجر نخـلاً ليجفف عليها الثياب ويبسطها عليـها ليستظل بظلها، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان لما ذكروه فى الأثمان.

ولنا: أنها لو كـانت مقطوعة لجاز استـئجارها لذلك فكذلك النابتـة، وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء فى الحالتين، فما جاز فى إحداهما يجوز فى الأخرى، ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة.

فـصل: ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والند لشمه للمرضى وغيرهم مدة ثم يرده، لأنها منفعة أشبهت الوزن والتحلى مع أنه لا ينفك من إخلاق وبلى.

الاستئجار عليه كالقصاص فـى الطرف، وقوله: إن عدد الضربات يختلف وهو مجهول، يبطل بخياطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله: إن مـحله غير متعين، قلنا: هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته، كمـوضع الخياطة من حاشية الثوب والأجر على المـقتص منه، وبهذا قال الشافـعى وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ومـالك: هو على المستـوفى لأنه غير متـعين فليس علة المقتص منه إلا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخله.

ولنا: أنه أجر يجب لإيفاء حق فكان على الموفى كأجـر الكيال والوزان، وما ذكروه غير صحيح، فإن القطع مستحق بخلاف الثمرة، بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص، ولو كان التمكين تسليمًا لسقط حقه كالثمرة.

فـصل: ويجوز استئـجار رجل ليدله على طريق، فإن النبى ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديًا خريتًا، وهو الماهـر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة، ويجوز اسـتئجار كيال ووزان لعـمل معلوم أو فى مدة معلومة، وبهـذا قال مالك والثورى والشافـعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفًا.

وقد روى فى حـديث سويد بن قيس: أتانا رسـول الله ﷺ فاشتـرى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجـر، فـقال رسـول الله ﷺ: «زن وأرجح»(٢١) رواه أبو داود، ويجـــــوز استئجار رجل ليلازم غريمًا يستحق ملازمته، وسئل أحمد عن ذلك فقال: لا بأس، قد شغله،

فـصل: يجوز استئجار دار يتخذها مسجدًا يصلى فيه، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، لأن فعل الصـلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجـارة بحال فلا تجوز الإجارة لذلك.

ولنا: أن هذه منفعة مباحـة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز اسـتئجار العين لها كالسكنى، ويفارق الصلاة فإنها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد.

24- مـسألة: (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته).

يجوز استئـجار ولده لخدمته كالأجنبى واسـتئجار أمه وأخته وابنتـه لرضاعه ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كالأجانب، فأما استـئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز فى الصحيح من المذهب، قال الخرقى: إن أرادت الأم أن ترضع ولدها بأجرة مثلها فهى أحق به من غيرها سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة، وقال القاضى: لا يجوز، وتأول كلام الخرقى على أنها فى حبال زوج آخـر، وهو قول أصحاب الرأى وحكى عن الشافـعى، لأنه قد استحق حبـسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك.

---

(٢١) أخرجه أبـو داود (٣/ ٣٣٣٦، ٣٣٣٧) والترمذى (٣/ ح١٣٠٥) وابن ماجـه (٢/ ح٢٢٢٠) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٥٢) والحـاكم فى المسـتـدرك (٤/ ١٩٢) (٢/ ٣٠) وابن حبـان (٧/ ح٥١٢٥) والبخارى فى التاريخ الكبير (٤/ ١٤٢) وإسناده صحيح.

وقال في موضع آخر: غير هذا أعجب إلى كرهه، لأنه يئول إلى الخصومة وفيه تضييق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالمًا فيساعده على ظلمه، لكنه جائز في الجملة لأن الظاهر أنه محق، فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق، ولهذا أجزنا للموكل فعله.

فصل: ويجوز أن يستأجر سمسارًا يشترى له ثيابًا ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي، وكرهه الثوري وحماد.

ولنا: أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء، ويجوز على مدة معلومة، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشترى له فيها، لأن المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار، فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئًا معلومًا، صح أيضًا، وإن قال: كلما اشتريت ثوبًا فلك درهم أجرًا، وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز، وإن لم يكن كذلك، فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها، فإن اشترى فله أجر مثله، وهذا قول أبى ثور وابن المنذر، لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة.

فصل: وإن استأجره ليبيع له ثيابًا بعينها صح وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصح لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير.

ولنا: أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب،

ولنا: أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع، ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منها كثمن مالها، قولهم: إنها استحقت عوض الحبس والاستمتاع، قلنا: هذا غير الحضانة، واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر، كما لو استأجرها ثم تزوجها، وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهين: **أحدهما:** أن الألف واللام في الزوج للمعهود وهو أبو الطفل، **الثاني:** أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلاَّ بإذن زوجها ففسد التأويل.

25- مسألة: (ولا تصح الإجارة إلاَّ بشروط خمسة أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها).

لأن الإجارة بيع المنافع، فأما الأجزاء فلا تدخل في الإجارة فلا يصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله، لأن هذا لا ينتفع به إلا بإتلاف عينه فلم يجز كما لو استأجر دينارًا لينفقه، فإن استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي فهو فاسد، لأنه يشمل بيعًا وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل البيع جهل المستأجر أيضًا، فيفسد العقدان.

ولأنه يجوز عقد الإجـارة عليه مقدراً بزمن فجاز مـقدراً بالعمل كالخياطة، وقـولهم: إنه غير ممكن، لا يصح، فإن الثياب لا تنفك عن راغب فـيها، ولذلك صحت المضاربة، ولا تكون إلا بالبيع والشراء، بخـلاف ما قاسوا عليه فإنه مـتعذر، وإن استأجره على شراء ثـياب معنية، احتـمل أن لا يصح، لأن ذلك لا يكون إلا من واحد، وقد لا يبـيع فيتـعذر تحصـيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البـيع، وإن استأجره فى البـيع لرجل بعينه فهـو كما لو استـأجره لشراء ثياب بعـينها، ويحتمل أن يصح، لأنه مـمكن فى الجملة، فإن حصل من ذلك شـىء استحق الأجر، وإلا بطلت الإجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشترى.

فـصل: ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشىء معلوم، وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة حرّاً أو عبـداً، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور، لأنه تجـوز النيابة فيه، ولا يختص عامله بكونه من أهل القـربة، قال أحمد: أجير المـشاهرة يشهد الأعياد والـجمعة ولا يشترط ذلك، قيل له: فيتطوع بالركعتين؟ قال: ما لم يضر بصاحبه، إنما أباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة، ولهذا وقعت مـستثناة فى حق المعتكف بترك معتكفه لها، وقال ابن المبارك: لا بأس أن يصلى الأجير ركعات السنة، وقال أبو ثور وابن المنذر: ليس له منعه منها، وقال أحمد: يجوز للرجل أن يستـأجر الأمة والحرة للخدمة، ولكن يصرف وجهه عن النظر، ليست الأمة مثل الحرة ولا يخلو معـها فى بيت، ولا ينظر إليها متجردة، ولا إلى

26- مـسألة: (ولا يجوز استئجار حيوان ليأخذ لبنه).

كاستـئجار الإبل والبقر والغنم ليأخـذ لبنها أو ليسترضـعها لسخالها ونحـوها، ولا ليأخذ صوفها وشعرها ووبرها، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئًا من عينها لما ذكرناه.

27- مـسألة: (إلاَّ فى الظئر، ونفع البئر يدخل تبعًا).

أما الظئر فقد سبق ذكرها، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل: يجوز استئجار البئر ليستقى منه أيامًا معلومة ودلاء معلومة، لأن هواء البئر وعمقهـا فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، فأما الماء فيؤخذ على أصل الإباحة.

فـــصل: ولا يجوز اسـتئجار الفـحل للضرب، وهو ظاهر مذهب الشافـعى وأصحاب الرأى، وخرج أبو الخطاب وجهًا فى جوازه بناء على إجـارة الظئر للرضاع، لأن الحاجة تدعو إليه، وهو قول الحسن وابن سيرين.

ولنا أن النبى ﷺ نهى عن عسب الفحل، متفق عليه، ولأن المقصود الماء الذى يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين فهو كإجارة الغنم لأخذ لبنها، ولأن الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخـذ العوض عنه كالميتة، فأما من أجازه فيـنبغى أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين، وقـيل: يقدره بالمدة وهو بعيد، فإن من أراد إطراق فرسـه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفـعل لم يمكن استيعـابها به، وربما لا يحصل الفعل فى المـدة ويتعذر

شعرها، إنما قال ذلك، لأن حكم النظر بعد الإجارة كـحكمه قبلها، وفرق بين الأمة والحرة، لأنهما يختلفان قبل الإجارة فكذلك بعدها.

٨٩٨- مسألة: قال: **(وإذا مات المكرى والمكترى أو أحدهما فالإجارة بحالها).**

هذا قول مالك والشافعي وإسحـاق والبتى وأبى ثور وابن المنذر، وقال الثورى وأصحاب الرأى والليث: تنفسخ الإجارة بموت أحـدهما، لأن استيفاء المنفـعة يتعـذر بالموت، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستـأجر استيفاءها، لأنه ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر فى تركته.

ولنا: أنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامـة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات، وما ذكروه لا يصح، فـإنا قد ذكرنا أن المستأجر قـد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العـقد ثم يلزمهم ما لو زوج أمـته ثم مات ولو صح ما ذكـروه، لكن وجوب الأجر هـهنا بسبب من المستأجر فوجب فى تركته بعد موته، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها شىء بعد موته ضمنه فى ماله، لأن سبب ذلك كان منه فى حال الحياة كذا هـهنا.

فـصـل: وإن مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى اسـتيفاء المنفعة، أو كان غائبًا، كمن يموت فى طريق مكة ويخلف جمله الذى اكتراه، وليس له عليه شىء يحمله، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة، لأنه قد

ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل، إلا أن يكترى فحلاً لإطراق ماشية كثيرة كتيس يتركه فى غنمه فإنه إنما يكتـريه مدة معلومة، والمذهب أنه لا يجوز إجارته لمـا ذكرناه، فإن احتاج إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبـذل الكراء، وليس للمطرق أخذه، لأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجـة إليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شـرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس، لأنه فعل معروفًا فجازت مجازاته عليه، كما لو أهدى هدية فجوزى عليها.

28- مـسـألة: (الثاني: معـرفة العين برؤية أو صفة فى أحد الوجـهين، ويصح فى الآخر بدونه، وللمستأجر خيار الرؤية).

يشترط معـرفة العين المستأجـرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصـفات، أو بالصفة إن كانت تنضبط قياسًا على البيع، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت للمستأجر خيار الرؤية وهو قول أصـحاب الرأى، والخلاف ههنا مـبنى على الخلاف فى البيع، وقـد ذكرناه، والمشـهور الأول، فعلى هذا إذا كانت ممـا لا ينضبط بالصفة كالدور والحمام فلا بد من رؤيتـها كالبيع، لأن الغرض يختلف بصغرها وكـبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليـعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائـه ومشاهدة الإيوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحـمام، فمتى أخل

جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه ما لو غصبت، ولأن بقاء العقد ضرر فى حق المكترى والمكرى، لأن المكتـرى يجب عليه الكراء من غير نفع، والمكرى يـمتنع عليه التصرف فى ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه، وقد نقل عن أحمد فى رجل اكترى بعيراً فمات المكترى فى بعض الطريق، فإن رجع البعير خاليًـا فعليه بقدر ما وجب له، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقى من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق به انتفـاع، لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فـأشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرســه فبرأ أو انقلع قبل قـلعه أو اكترى كـحالاً ليكحل عينيه فـبرأت أو ذهبت، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يـقوم مقامه من الانتفاع، لأن الـوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضى على أن المكرى قبض البعير ومنع الورثة من الانتفاع، ولولا ذلك لما انفسخ العقـد، لأنه لا ينفسخ بعذر فى المستأجـر مع سلامة المعقود عليـه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئًا من الأجر، ويفـارق هذا ما لو حبس المســتأجر، لأن المعـقود عليه انتفـاعه، وهذا لا يُؤْيَسُ منه بالحـبس، فإنه فى كل وقت يمـكن خروجـه من الحبس وانتـفاعـه، ويمكن أن يسـتنيب من يستوفى المنفعة له، إما بأجر أو بغيره، بخلاف الميت، فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ما ذكرنا من الصور.

بهذا أو بعـضه لم يصح للجهالة بمـا يختلف به الغرض، وقـد كره أحمد كراء الحـمام، لأنه يدخله من يكشف عورته فيه، قال ابن حامد: هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم، فأما العقد فصحـيح فى قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر[10]: أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحـمام جائز إذا حدده وذكـر جميع آلته شـهوراً مسماة، وهـذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى، لأن المكترى إنما يأخـذ الأجر عوضًا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه، وأحـوال المسلمين محمولة على السلامة، وإن وقع مـن بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً.

29- مسألة: (الثالث: القدرة على التسليم فلا تصح إجـارة الآبق والشارد والمغصوب من غير غاصبه إذا لم يقدر على أخذه منه).

لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيعه.

30- مسألة: (ولا تجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه، وعنه ما يدل على الجواز).

قال أصحابنا: لا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معًا، وهذا قول أبى حنيفة وزفر، لأنه لا يقدر على تسليمه فـلم تصح إجارته كالمغصوب، يحقق ذلك أنه لا يقدر علـى تسليمه إلا بـتسليم نصـيب الشريك، ولا ولاية له على مـال شريكه، واخـتار أبو

---

(10) تقدم برقم (١٥) مغنى.

فــصل: إذا أجر الموقـوف عليه الوقف مدة فمـات فى أثنائها وانتقل إلى من بعده فـفيه وجهان: أحدهما: لا تنفسخ الإجارة، لأنه ملكه فى زمن ولايته فلم يبطل بموته، كما لو أجر ملكه الطلق، **الثانى:** لا تنفسخ الإجارة فيما بقى من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح فى ملكه دون ملك غـيره، كما لو أجـر دارين أحدهما له والأخرى لغـيره، وذلك لأن المنافع بعد الموت حق لغـيره فلا ينفذ عقده عليها مـن غير ملك ولا ولاية، بخلاف الطلق، فإن المـالك يملك من جهة الموروث فـلا يملك إلا ما خلفه، ومـا تصرف فيه فى حـياته لا ينتـقل إلى الوارث، والمنافع الـتى أجرها قـد خـرجت عن ملكه بالإجـارة، فـلا تنتـقل إلى الوارث، والبطن الثانى فى الوقف يملكون من جهة الواقف، فمـا حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكًا لهم، فقد صادف تصرف المـؤجر فى ملكهم من غير إذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح، ويتـخرج أن تبطل الإجـارة كلها بنـاء على تفريق الصـفقـة، وهذا التفـصيل مـذهب الشافعى، فعلى هذا إن كان المؤجر قـبض الأجر كله وقلنا: تنفسخ الإجارة، فلمن انتقل إليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجـر بحصة الباقى من الأجر، وإن قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصته.

فصل: وإن أجر الولى الصبى أو ماله مدة فبلغ فى أثنائها فقال أبو الخطاب: ليس له فسخ الإجـــارة لأنه عقد لازم عـقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ، كمـا لو باع داره أو زوجه، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعـد زوال الولاية على ما ذكرنا فى إجارة الوقف، ويحتمل أن

حفص العكبرى جوازه، وقد أومأ إليه أحمد، وهو قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد، لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد، ولأنه عقد فى ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيـره كالبـيع، ومن نصـر الأول فرق بين مـحل النزاع وبين ما إذا أجـره الشريكـان أو أجره لشريكه، فإنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشـبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره، وإن كانت لواحد فأجر نصـفها صح، لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخـر للمستأجر الأول صح لإمكان تسليمـه إليه، وإن أجره لغيـره ففيه وجهـان كالمسألة التى قـبلها، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجـره إليه، وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد مـنهما نصفـها فكذلك، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد إليه.

فــصل: ولا تجوز إجـارة المسلم للذمى لخدمـته نص عليه أحـمد فى رواية الأثرم، فقال: إن أجر نفـسه من الذمى فى خدمته لم يجز، وإن كـان فى عمل شىء جاز، وهذا أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: تجوز، لأنه يجوز له إجارة نفســه فى غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم.

ولنا: أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واسـتخدامه أشبه البيع، يحققه أن عقد الإجارة يتعين فيها حبسه مـدة الإجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع

يفرق بين ما إذا أجره مـدة يتحقق بلوغه فى أثنائها، مثل أن أجره عـامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل فى السادس عشر، لأننا نتيقن أنه أجره فـيها بعد بلوغه، وهل تصح فى الخامس عشر؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وبين مـا إذا لم يتحقق بلوغه فى أثنائها كالذى أجره فى الخامس عشر وحـده فبلغ فى أثنائه فيكون فيه ما قد ذكـرنا فى صدر الفصل لأننا لو قلنا يلزم الصبى بعد البلوغ بعقد الولى مـدة يتحقق بلوغه فيها، أفضى إلى أن يعقـد على جميع منافعه طول عمره، وإلى أن يتصـرف فيه فى غير زمن ولايته عليـه، ولا يشبه النكاح، لأنه لا يمكن تقدير مدته، فـإنه إنما يعقد للأبد، وبهذا قـال الشافعى، وقال أبو حنيـفة: إذا بلغ الصبى فله الخيار، لأنه عقـد على منافعه فى حال لا يملك التصرف فى نفســه، فإذا ملك ثبت له الخيار كالأمة إذا عتقت تحت زوج.

ولنا: أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد لأجل العيب، لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لهـا الخيار، وإن مات الولى المؤجر للصبى أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده، لأنه تصرف وهو من أهل التصرف فى محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله، كـما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مـا لو أجر الموقوف مدة ثم مات فى أثنائها، لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه فى مدة لا ولاية له فيها وهـٰـهنا إنما يثبت للولى الثانى الولاية فى التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول وهذا العقد قد تصرف فيه الأول فلم تثبت للثانى ولاية على ما تناوله.

فالمنع من الإجارة أولى، فـأما إن أجر نفسه منه فى عـمل معين فى الذمة كخـياطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه، لأن عليّا ﵁ أجر نفســه من يهودى يستقى له كل دلو بتمرة، وأخبر النبى ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الأنصارى، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ولا استخدامه فأشبه مبايعته، فإن أجر نـفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضًا فى ظاهر كلام أحمد، لقـوله: وإن كان فى عمل شىء جاز، ونقـل عنه أحمد بن سعيـد: لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمى، وهذا مطـلق فى نوعى الإجارة، وذكر بعض أصحابنا: أن ظاهر كـلام أحمد منع ذلك، وأشار إلـى ما رواه الأثرم، واحتج بأنه عـقد يتـضمن حبس المـسلم أشبـه البيع، والصحـيح ما ذكـرنا، فإن كلام أحـمد يدل على خـلاف ما قاله، وأنه خص الـمنع بالإجارة للخدمة، وأجاز إجارته للعمل، وهذا إجارة للعمل، ويفارق البيع، فإن فيه إثبات الملك على المسلم، ويفارق إجارته للخدمه لتضمنها الإذلال.

فـصـل: نقل إبراهيم الحربى أنه سأل عن الرجل يكتـرى الديك ليوقظه لوقت الصلاة: لا يجوز، لأن ذلك يقف على فعل الديك، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره، وقد يصيح، وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت.

فــصـل: وإن أجر عبده مـدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق، ولم يـبطل عقد الإجارة فى قياس المذهب ولا يرجع الـعبد على مـولاه بشىء، وهذا جديد قـولى الشافـعى، وقال فى القديم: يرجع على مولاه بأجـر المثل، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جـهة السيد، فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل.

ولنا: أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العـتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخـول الزوج بها، فإن ما يسـتوفيه السـيد لا يرجع به عليه، ويخالف المكره فـإن تعدى بذلك، وقال أبو حنيفـة: للعبد الخيـار فى الفسخ أو الإمضاء كالصـبى إذا بلغ، للمعنى الذى ذكره ثَمَّ.

ولنا: أنه عقـد لازم عقده على مـا يملكه فلا ينفـسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كـما لو زوج أمته ثم باعها، إذا ثبت هذا فـإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المسـتأجر فهى عليه كمـا كانت وإن لم تكن مشـروطة فهى على معتـقه، لأنه كالبـاقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه، ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه، لأنه مشغول بالإجارة، ولا على المستأجر، لأنه استحق منفعته بعضو غير نفقته لم يبق إلا أنها على المولى.

فــصـل: إذا أجر عـينًا ثم باعهـا صح البيع، نص عليه أحمد، سواء باعـها للمستأجر أو لغيره، وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه، وقـال فى الآخر: إن باعها لغير المستأجر لم يصح البـيع، لأن يد المســتأجـر حائلة تمنع التـسليم إلى المشـترى فـمنعت الصحـة كمـا فى بيع المغصوب.

31- مـسألة: (الشرط الرابع: اشتمال العين على المنفعة).

فلا يجوز استئجار بهيـمة زمنة للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع، لأن الإجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا تجوز إجارتها كالعبد الآبق.

32- مـسألة: (الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونًا له فيها).

لأنه تصرف فيـما لا يملكه ولا أذن فيه مالكه فلم يجـز كبيعه، ويحـتمل أن يجوز ويقف على إجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكها.

33- مـسألة: (يجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره).

يجوز للمستأجر إجارة العين المستأجـرة إذا قبضها، نص عليه أحمد، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سلمة بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وذكر القاضى فيه رواية أخرى أنه لا يجوز، لأن النبى ﷺ نهى عن ربح ما لـم يضمن[1]، والمنافع لم تدخل فى ضمانه، ولأنه عـقد على ما لم يدخل فى ضمانه فلم يجز كـبيع المكيل والموزون قبل قبضه، والأول أصح، لأن قبض الـعين قام مقام

---

(1) سيأتى برقم (٢٤) من كتاب المغنى.

ولنا: أن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة، كما لو زوج أمته ثم باعها، وقولهم: يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح، لأن يد المستأجر إنما هى على المنافع والبيع على الرقبة، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر، كما لو باع الأمة المزوجة، ولئن منعت التسليم فى الحال فلا تمنع فى الوقت الذى يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الإجارة ويكفى القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه.

وقال أبو حنيفة: البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة، وإن رده بطل.

ولنا: أن البيع على غير المعقود عليه فى الإجارة فلم تعتبر إجارته كبيع الأمة المزوجة، إذا ثبت هذا فإن المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ، لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها، ونفعها إنما يتسحقه إذا انقضت الإجارة، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينًا فى مكان بعيد فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضى مدة يمكن إحضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه إلا فى وقته، فإن لم يعلم المشترى بالإجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن، لأن ذلك عيب ونقص.

فصل: فإن اشتراها المستأجر صح البيع أيضًا لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى، لأن العين فى يده وهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا تبطل، لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك

قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة، وبهذا الأصل يبطل قياس الرواية الأخرى، إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر، لأن هذه المنفعة صارت مملوكة له فله أن يستوفيها بنفسه وبنائبه، والمستأجرة لا يجوز إجارتها لمن هو أكثر ضررًا منه، ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره.

فصل: فأما إجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر فى أحد الوجهين، وهو قول بعض الشافعية، لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه، **والثانى**: لا يجوز، وهو قول أبى حنيفة، والمشهور من قولى الشافعى، لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالأعيان، وأما إجارتها للمؤجر قبل القبض، فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر، ففيها ههنا وجهان: **أحدهما**: لا يجوز كغيره **والثانى**: يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه، بخلاف الأجنبى، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه، وهل يصح من بائعه؟ على روايتين، وتجوز إجارتها من المؤجر بعد قبضها، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، لأنه يؤدى إلى تناقض الأحكام، لأن التسليم مستحق من المكرى، فإذا اكتراها صار مستحقًا له فيصير مستحقًا لما يستحق عليه، وهو تناقض.

الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا، كـما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الإجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز، فعلى هذا يكون الأجر باقيًا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره، **والثاني:** تبطل الإجارة فيما بقى من المدة، لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من مدة الإجارة، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين، وإن كان المؤجر قد قبض الأجر حسب عليه باقى الأجر من الثمن.

فصل: وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها فى بطلان الإجارة أو بقائها، إلا أنه لا فرق فى الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها، فلو استأجر إنسان من أبيه دارًا ثم مات أبوه وخلف ابنين أحدهما هو المستأجر فإن الدار تكون بينهما نصفين، والمستأجر أحق بها، لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه، والنصف الذى ورثه يستحقه إما بحكم الملك وإما بحكم الإجارة، وما عليه من الأجر بينهما نصفين، وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشىء منه على أخيه ولا تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين، لأنه لو رجع بشىء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفًا مسلوب

ولنا أن كل عقد جاز مع الأجنبى جاز مع العاقد كالبيع، وما ذكروه لا يصح، لأن التسليم قد حصل، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع، فإنه يستحق عليه تسليم العين، فإذا اشتراها استحق تسليمها، **فإن قيل:** التسليم ههنا مستحق فى جميع المدة، **قلنا:** المستحق تسليم العين، وقد حصل، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها رجع عليها، لأنها تعذرت بسبب كان فى ضمانه.

34- مسألة: (وتجوز إجارتها بمثل الأجرة وزيادة، وعنه: لا تجوز بزيادة، وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلاَّ فلا).

إذا قلنا بجواز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الأجرة وزيادة، نص عليه أحمد، وروى عن عطاء والحسن والزهرى، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد: لا تجوز بزيادة، تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبى سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعى، وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا، فإن فعل تصدق بالزيادة، روى ذلك عن الشعبى، وبه قال الثورى وأبو حنيفة، لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبى ﷺ عن ربح ما لم يضمن، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح فى الطعام قبل قبضه، ويخالف ما إذا عمل فيها، فإن الربح فى مقابلة العمل، وعن أحمد رواية أخرى: إن أذن له المالك فى الزيادة جاز وإلا لم يجز.

المنفعة، والله سبحانه قد سـوى بينهما فى الميراث، ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذى انقضت الإجارة فـيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعـة التى انقضت الإجارة فـيها، إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره.

فـصل: وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها، فإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة بالبيع، فهى باقـية بعد رد العين كما كانت قـبل البيع، وإن قلنا: قد انفسخت، فـالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين، وإن كان المشترى أجنبيًا فرد المستأجر الإجارة لعيب فينبغى أن تعود المنفعـة إلى البائع، لأنه يستحق عـوضها على المسـتأجر، فإذا سقط العـوض عاد إليه المعوض، ولأن المشترى ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة فلا يرجع إليه ما لم يملكه، وقال بعض أصحاب الشافعى: يرجع إلى المشترى، لأن المنعفة تابعة للرقبة، وإنما استحقت بعقد الإجارة، فإذا زالت عادت إليه، كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج، ولا يصح هذا القياس فإن منفعة الـبضع قد استقر عوضها للبائع بمجـرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة، ولهذا لا يرجع الزوج بشىء من الصداق فـيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق، بخلاف الأجر فى الإجارة فإن المـؤجر يستحق الأجر فى مقابلة المنفعة مقـسومًا على مدتها، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفـسخ رجع إليه معوضها هو المنفعة، ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح، فلو رجعت إلى البائع لملكت بغيرهما، ولأنها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها.

فـــصل: وإذا وقعت الإجارة على عيـن مثل أن يستأجر عبدًا للخـدمة أو لرعاية الغنم أو

ولنا: أنه عقد يجوز برأس بالمال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث فيها عمارة لا يقـابلها جزء من الأجر، وأما الخـبر، فإن المنافع قد دخلت فى ضـمانه من وجه، بدليل أنها لو فاتت من غير استيفائه كانت مـن ضمانه، والقياس على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح، فإنه لا يـجوز، وإن لم يربح فيـه، وتعليلهم بأن الربح فى مـقابلة عمله مـلغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد فى أجرها عادة، والله أعلم.

فـصل: وسئل أحمل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله بأقل من ذلك، أيجوز له الفضل؟ قال: ما أدرى هى مسألة فيها بعض الشىء، قلت: أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل فى العمل شيئًا؟ قال: إذا عمل فهو أسهل، قال النخعى: لا بأس أن يتقبل الخـياط الثياب بأجر معلوم ثم يقـبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيـها أو يقطع أو يعطيه سلوكًا أو إبرًا، فإن لم يعين فيها بشىء فلا يأخـذن فضلاً، وهذا يحتمل أن يكون النخعى قاله بناء على مذهبه فـى أن من استأجر شيـئًا لا يؤجره بزيادة، وقياس المـذهب جواز ذلك سواء أعان فيـها بشىء أو لم يعن، لأنه إذا جاز أن يقبلـه بمثل الأجر الأول جاز بزيادة عليـه كالبيع وكإجارة العين.

جملاً للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل، وإن وجد بها عيبًا فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها، لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عينًا، وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمة انعكست هذه الأحكام، فمتى سلم إليه عينًا فتلفت لم تنفسخ الإجارة ولزم المؤجر إبدالها، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها، وإن وجد بها عيبًا فردها فكذلك، لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب فى إبطال العقد كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ما قرر فى موضعه، **فإن قيل:** فقد قلتم: من اكترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله، ولو اكترى أرضًا لزرع شىء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه فى الضرر، فلم قلتم: إذا اكترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله؟ **قلنا:** لأن المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع إليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينًا لا يجوز أن يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه إنما هو مستوف للمنفعة، وإنما تشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقودًا عليه، وكذلك الزرع فى الأرض فإنما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشترى غيره فى استيفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الأرض انفسخت الإجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا.

٨٩٩- **مسألة:** قال: **(ومن استأجر عقاراً فله أن يُسْكِنَهُ غيره إذا كان يقوم مقامه)**.

35- **مسألة: (وللمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها)**.

لأنه لو أذن له فى بيعها جاز، فكذلك إذا أذن له فى إجارتها، ولأن الحق له فجاز بإذنه، ولا بد من تعيين المدة فى الإذن، لأن الإجارة عقد لازم لا تجوز إلاَّ مدة معينة.

36- **مسألة: (وتجوز إجارة الوقف)**.

لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه فجاز إجارتها كالمستأجر.

37- **مسألة: (فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تفسخ الإجارة فى أحد الوجهين)**.

وللثانى حصته من الأجر، لأنه أجر ملكه فى زمن ولايته فلم تبطل بموته، كما لو أجر ملكه الطلق، **والثانى:** تنفسخ الإجارة فيما بقى من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح فى ملكه دون ملك غيره، كما لو أجر دارين إحداهما له والأخرى لغيره بخلاف الطلق، فإن المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه، وما تصرف فيه فى حياته لا ينتقل إلى الوارث، والمنافع التى أجرها قد خرجت عن ملكه بالإجارة فلا تنتقل إلى الوارث، والبطن الثانى فى الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكًا لهم فقد صادف تصرف المؤجر فى ملكهم من غير إذنهم ولا ولاية له عليهم، ويتخرج أن

وجملته: أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحـال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنهـا ما يضر بها مثل القصَّارين(*)، والحـدادين، لأن ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب، لأنها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين(٢٢)، ولا رحى ولا شيـئًا يضر بها، ولا يجـوز أن يجعل فيهـا شيئًـا ثقيلاً فوق سـقف، لأنه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئًـا يضر بها إلا أن يشترط ذلك، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم فيه مـخالفًا، وإنما كان كـذلك، لأن له استيفاء الـمعقود عليه بنفـسه ونائبه والذى يسكنه نائب عنه فى استيفاء المعقود عليه فجاز، كما لو وكل وكيلاً فى قبض المبيع أو دين له، ولم يملك فعل ما يضر بها، لأنه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله، كما لو اشترى شيـئًا لم يملك أخذ أكثـر منه، فأما أن يجعل الـدار مخزنًا للطعام فـقد قال أصحـابنا: يجوز ذلك، لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيـره، ويحتمل أن لا يجوز، لأن ذلك يفضى إلى تحريق النار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار.

فـصل: وإذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد ولم يحتج إلى ذكر السكنى ولا صفتها، وهذا قول الشافعى وأصـحاب الرأى، وقال أبو ثور: لا يجوز حتى يقول: أبيت تحتـها أنا وعيالى، لأن السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه.

تبطل الإجارة كلها بناء على تفريق الصفقة، وهذا التفصيل مذهب الشافعى، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الأجر كله وقلنا: تنفسخ الإجارة، فلمن انتقل إليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحـصة الباقى من الأجر، وإن قلنا: لا تنفسـخ، رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصته.

38- مـسألة: (وإن أجر الولى اليتيم أو ماله مـدة فبلغ فى أثنائها فليس له فسخ الإجارة، ذكره أبو الخطاب).

لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ، كـما لو باع داره أو زوَّجه، ويحتمل أن تبطل الإجارة فـيما بعد البلوغ لزوال الولايـة لما ذكرنا فى إجارة الوقف، ويحـتمل أنه إذا أجره مدة يتـحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجـر ابن أربع عشرة سنتين فيبطل فى الـسادس عشر، لأننا نتيـقن أنه أجره فيهـا بعد بلوغه، وهل يصح فى الخـامس عشر؟ على وجـهين بناء على تفريق الصفـقة، وإن لم يتحقق فـيها بلوغه كـالذى أجره الخامس عشر وحـده فبلغ فى أثنائه فيكون فيـه ما ذكرنا فى صدر الفصل، لأنا لو قلنا: يلزم الصـبى بعقد الولى مدة يتحقق فـيها

(*) القَصَّار: هو المحَوِّرُ للثياب لأنه يدقها بالقصرة التى هى القطعة من الخشب وحرفته القصارة، اللسان (قصر).

(٢٢) السرجين: الزبل.

ولنا: أن الدار لا تكترى إلا للسكنى فـاستغنى عن ذكـره كإطلاق الثمن فى بلد فيـه نقد معروف به والتفاوت فى السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه، وما ذكره لا يصح، فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف كما فى دخول الحمام وشبهه، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غيـر من ذكره ولكان ينبـغى أن يعلم صفـة الساكن كـما يعلم ذلك فيـما إذا اكـترى للركوب.

فـصل: وإذا اكترى ظهراً لـيركبه فله أن يركبه مـثله ومن هو أخف منه، ولا يركبه من هو أثقـل منـه، لأن العقد اقتضى اسـتيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يسـتوفى ذلك بنفسه ونائبه، وله أن يستوفى أقل منه، لأنه يستوفى بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه، لأنه لا يملك أكثر مما عـقد عليه، ولا يشترط التساوى فى الطول والقصـر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضى: يشترط أن يكون مثله فى هذه الأوصاف كـلها، لأن قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به، قال الشاعر:

لم يَرْكَبُـوا الخَيْلَ إلا بَعْدَمَا كَـبِرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ علـى أعْجازِهَا عُنُفُ(٢٣)

ولنا: أن التفاوت فى هذه الأمور بعد التساوى فى الثقل يسير فعفى عنه، ولهذا لا يشترط ذكره فى الإجارة، ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته فى الإجارة كالثقل والخفة.

فـصل: فإن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة بمـثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا

بلوغه أفـضى إلى أن يعقد على منافعـه طول عمره وإلى أن يتصـرف فيه فى غيـر زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح، لأنه لا يمكن تقدير مدته فإنه إنمـا يعقد للأبد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا بلغ الصـبى فله الخيار، لأنه عقد على منافعـه فى حال لا يملك التصرف فى نفسه، فإذ ملك ثبت له الخيار كالأمة إذا عتقت تحت زوج.

ولنا: أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده، والأمة إنما ثبت لهـا الخيار إذا عتقت تحت عبد لأجـل العيب، لا لما ذكره، بدليل أنها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخـيار، وإن مات الولى المؤجر للصبى أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غـيره لم يبطل عقده، لأنه تصرف وهو من أهل التـصرف فى محل ولايته فلم يبطل تصـرفه بموته أو عزله، كـما لو مات ناظر الوقف أو عزل، أو مـات الحاكم بعد تصـرفه فيـما له النظر فـيه، ويفارق مـا لو أجر الموقـوف عليه الوقف مـدة ثم مات فى أثنائها، لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه فى مـدة لا ولاية له فيها، وههنا إنما يثبت للوالى الثانى

---

(٢٣) البيت: فى اللسان (٩/ ٢٥٧) وفيه هكذا.

لم يركـبـوا الخـيـل إلا بعـدمـا هربوا فـــهم ثقـال علـى أكـتـافـهـا عُنُف

وأعنف الشيء: أخذه بشدة، **وأعتنف الشيء**: كرهة. اهـ.

صحة العقد وبطلان الشرط ، فإنه قال فيمن شرط أن يزرع فى الأرض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشـرط ويصح العـقد، ويحتـمل أن يصح الشـرط، وهذا أحد الوجـهـين لأصحـاب الشافعى، لأن المسـتأجر يملك المنافع من جهة المؤجـر فلا يملك ما لم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض فى تخصيـصه باستيفاء هذه المنفعة، وقـالوا فى الوجه الآخر: يبطل الشرط، لأنه ينافى موجب العـقد، إذ موجـبه ملك المنفـعة والتسلط على اسـتيفـائها بنفسـه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافى ذلك فكان باطلاً، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان: **أصحهـما**: لا يبطله، لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر نفعًا ولا ضرًا فألغى وبقى العقد على مقتضاه، والآخر يبطله، لأنه ينافى مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع.

فـصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المسـتأجرة إذا قبضها ، نص عليه أحمد، وهو قول سعيد بن المـسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سليمـان بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشـافعى وأصحاب الرأى، وذكر القاضى فـيه رواية أخرى: أنه لا يجوز، لأن النبى ﷺ نهى عن ربح مـا لم يُضْمَن(٢٤) والمنافع لم تدخل فى ضمـانه، ولأنه عقد على ما لم يدخل فى ضـمانه فلم يجز كبـيع المكيل والموزون قبل قـبضه، والأول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيـها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل إذا ثبت، فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر لما تقدم، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر فى التصرف فيمـا لم يتصرف فيه الأول، وهذا العقد قد تصرف فـيه الأول فلم يثبت للثانى ولاية على ما تناوله الخبر.

39- مسألة: (فإن أجر السيد عبده مدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق).

ولم يبطل عقد الإجارة فى قياس المـذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشىء، وهذا أحد قولى الشـافعى، وقال فى القـديم: يرجع على مولاه بأجـر المثل، لأن المنافع تسـتوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه، كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل.

ولنا: أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها، كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخـول الزوج بها، فإن ما يسـتوفيه السـيد لا يرجع به عليه، ويخالف المكره فـإنه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة: للعبد الخيار فى الفسخ أو الإمضاء كالصبى إذا بلغ للمعنى الذى ذكره ثم.

ولنا: أنه عقد لازم على ما يملك فلم ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها.

إذا ثبت هذا فإن نفقـة العبد إذا لم تكن مشروطة على المـستأجر فهى على معـتقه، لأنه

(٢٤) تقدم برقم (١٠٥) فى المسألة رقم (٧٦٧).

أحد الوجهين، وهذا قول أبى حنيفة، والمشهور من قولى الشافعى، لأن المنافع مملوكة بعقد معـاوضة فاعتـبر فى جواز العـقد عليهـا القبض كالأعـيان، والآخر يجـوز، وهو قول بعض الشافعية، لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر، كان فيها هـهنا وجهان: **أحدهما:** لا يجوز، لأنه عقد عليهـا قبل قبضها، **والثـانى:** يجوز، لأن القبض لا يتـعذر عليه بخلاف الأجنبى، وأصلهما بيع الطعام قبل قبـضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة، وهل يصح من بائعه؟ على روايتين، فأما إجـارتها بعد قبضها من المؤجر فجائـزة، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأن ذلك يؤدى إلى تناقض الأحكام لأن التـسليم مستحق على الكراء فإذا اكتراها صار مستحقًا له فيصير مستحقًا لما يستحق عليه، وهذا تناقض.

ولنا: أن كل عقد جـاز مع غير العاقد جـاز مع العاقد كالبـيع، وما ذكروه لا يصح، لأن التسليم قـد حصل، وهذا المـستحق له تسليم آخـر ثم يبطل بالبيع فـإنه يستحق علـيه تسليم العين، فإذا اشتراها استحق تسليمها، **فإن قيل:** التسليم ها هنا متسحق فى جميع المدة بخلاف البيع، **قلنا:** المستحق تسليم العين، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعـذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها رجع عليه، لأنهـا تعذرت بسبب كان فى ضمانه.

كالباقى فى ملكه لكونه يملك عوض نفعه، ولأن العبد عاجز عن نفقته، لأنه مشغول بالإجارة ولم تجب على المستأجر، لأنه استحق منفعتـه بعوض غير نفقته لم يبق إلاَّ أنها على المولى، ويتخرج أن تنفسخ الإجارة كالصبى، والله أعلم.

فـصل: قال رحمه الله: **(وإجارة العين تنقسم إلى قسـمين: أحدهما: أن تكون على مدة كإجارة الدار شهـرًا والأرض عامًا والعبد للخدمـة أو للرعى مدة معلومة ويسمى الأجيـر فيها: الأجير الخاص)**.

تكون فى الآدمى وغيره، فـأما غير الآدمى فـمثل إجارة الدار شهرًا والأرض عـامًا، وأما إجارة الآدمى فمـثل أن يستأجر رجـلاً يبنى معه يومًا أو يخيط له شـهرًا، فهذا يسـمى الأجير الخاص، لأن المستأجر يختص بمنفعته فى مدة الإجارة لا يشاركه فيها غيره.

40- مـسـألة: (ويشترط أن تكون المـدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فـيها وإن طالت).

أما ضـبطها بالشهـر والسنة فلا نعلم فيـه خلافًا، وإنمـا اشترط العلم بالمـدة، لأنها هى الضابطة فاشترط معـرفتها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل، فـإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية، لأنها المعهودة، قال الله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ**﴾ (البقرة: ١٨٩) فوجب أن يحمل العقد عليه، فإن قال: هلالية، كان توكيدًا، وإن قال:

فصل: ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة، نص عليه أحمد، وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد أنه إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل تصدق بالزيادة، روى هذا الشعبى، وبه قال الثورى وأبو حنيفة، لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبى ﷺ عن ربح ما لم يُضْمَن(٢٥)، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز، كما لو ربح فى الطعام قبل قبضه، ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها لأن الربح فى مقابلة العمل، وعن أحمد رواية ثالثة إن أذن له المالك فى الزيادة جاز، وإلا لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى الزيادة مطلقًا لدخولها فى ربح ما لم يضمن.

ولنا: أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر، وأما الخَبَرُ، فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه من وجه، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح، وهاهنا جائز فى الجملة، وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة.

فصل: ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله بأقل من ذلك، أيجوز له الفضل؟ قال: ما أدرى هى مسألة فيها بعض الشىء، قلت: أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل فى العمل شيئًا، قال: إذا عمل عملاً فهو أسهل، قال النخعى: لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها، أو يقطع، أو يعطيه سلوكًا أو إبرًا، أو يخيط فيها شيئًا، فإن لم يُعِنْ فيها بشىء فلا يأحذن فضلاً، وهذا يحتمل أن يكون النخعى قاله مبنيّا على مذهبه فى أن من استأجر شيئًا لا يؤجره بزيادة، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشىء أو لم يعن، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكإجارة العين.

عددية أو سنة بالأيام، فهى ثلاثمائة وستون يومًا، لأن الشهر العددى ثلاثون يومًا، وإن استأجر سنة هلالية فى أولها عد اثنى عشر شهرًا بالأهلة سواء كان الشهر تامّا أو ناقصًا، لأن الشهر الهلالى ما بين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى، وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة، وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم، وإن جهلا ذلك أو أحدهما لم يصح.

فصل: فإن أجره إلى العيد انصرف إلى الذى يليه وتعلق بأول جزء منه، لأنه جعل غاية فتنتهى مدة الإجارة بأوله، وقال القاضى: لا بد من تعيين العيد فطرًا أو أضحى من هذه السنة أو من سنة كذا، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب

---

(٢٥) انظر الحديث السابق.

فـــصل: وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعة وما دونها فى الضــرر، وقال أحمد: إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرًا فحمل عليها حنطة، أرجو أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحدًا، فإن كانت المنفعة التى يستوفيها أكثر ضررًا أو مخالفة للمعقود عليها فى الضـرر لم يجز، لأنه يستوفى أكثر من حقه أو غير ما يستحقه، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدًا لم يحمل قطنًا، لأنه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد، لأنه يجتمع فى موضع واحد فيثقل عليه، والقطن يتفرق فيقل ضرره، وإن اكتراه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه، لأن الراكب يعين الظهر بحركته، وإن اكتراه ليحمل عليه، لم يجز أن يركبه، لأن الراكب يقعد فى موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيه، وإن اكتراه ليركبه عَرِيًا لم يجز أن يركبه بسرج، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عريًا، لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حمى ظهره فربما عقره، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حمارًا بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه، وإن اكترى دابة بسرج فركبها بإكاف أثقل منه أو أضر لم يجز، وإن كان أخف وأقل ضررًا فلا بأس، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامنًا وعليه الأجر، وهذا كله مذهب الشافعى وأبى ثور.

على قوله أن يذكر الأول أو الثانى من سنة كذا، وإن علقه بشهر مفرد كرجب فلا بد أن يبينه من أى سنة، وإن علقه بيوم بينه من أى أسبوع، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح، وإلا لم يصح.

فصل: ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة بل يجوز أجرة العين مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت، وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعى اختلفوا فى مذهبه، فمنهم من قال: له قولان **أحدهما**: كما ذكرنا، وهو الصحيح، **والثانى**: لا يجوز أكثر من سنة، لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها، ومنهم من قال: له **قول ثالث**: أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة، وحكى القاضى فى كتاب الخلاف عن ابن حامد أن أصحابنا اختلفوا فى مدة الإجارة، فمنهم من قال: لا تجوز أكثر من سنة واختاره، ومنهم من قال: إلى ثلاثين سنة، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر.

ولنا: قوله تعالى إخبارًا عن شعيب عليه السلام أنه قال: ﴿**عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ**﴾ (القصص: ٢٧) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة، والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه.

فصل: إذا استأجر سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة فى ظاهر كلام أحمد، كما لو استأجر سنة لم يحتج إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر إلى

فـصـل: وإن اكترى دابة ليركبها فى مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها، فأراد العدول بها إلى ناحيـة أخرى مثلـها فى القدر أضـر منها، أو تخالف ضـررها بأن تكون إحداهمـا أحسن والأخرى أخوف، لم يجز، وإن كان مثلها فى السـهولة والحزونة والأمن، أو التى يعدل إليها أقل ضررًا، فذكر القاضى أنه يجوز، وهو قول أصحاب الشافعى، لأن المسافة عينت ليستوفى بها المنفعة ويعلم قـدرها بها فلم تتعين كنوع المحمـول والراكب، ويقوى عندى أنه متى كان للمكرى غرض فى تلك الجهة المعينة لم يجـز العدول إلى غيرها، مثل من يكرى جماله إلى مكة فيحج معها، فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها، أو ببلد العـراق، لم يجز الذهاب بهـا إلى مـصر، ولو أكـرى جمـاله جملة إلى بلد لـم يجـز للمستـأجر التفريق بينها بالسفـر ببعضها إلى جهـة وبباقيها إلى جهـة أخرى، وذلك لأنه عين المسافة لغرض فى فواته ضرر فلم يجز تفويته كما فى حق المكترى فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذى اكترى إليه لم يجز، وكما لو عين طـريقًا سهلاً أو آمنًا فأراد سلوك ما يخالفه فى ذلك.

تقسيط أجر كل يوم إذا استأجر شهرًا، ولأن المنفعـة كالأعيان فى البيع، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة، لأن المنافع تختلف باختـلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع، وهذا يبطل بالشهـور فإنه لا يفتـقر إلى تقسيط الأجـر على كل شهر مع الاحتـمال الذى ذكروه.

41- مـسألة: (ولا يشترط أن تلى العقد فلو أجره سنة خمس فى سنة أربع صح).

سواء كـانت العين مـشغولة وقت العـقد أو لم تكن، وكـذلك إن أجره شـهر رجب فى المحرم وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح إلا أن يستأجرها من هى فى إجارته، ففيه قولان، لأنه عقـد على ما يمكن تسليمه فى الحال فـأشبه إجارة العين المغـصوبة، قال: ولا يجوز أن يكترى بعيرًا بعينه إلا عند خروجه لذلك.

ولنا أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فـجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتى تلى العقد، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم، فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد، ولا فرق بين كونها مشغـولة أو غير مشغولة لما ذكرناه، ومنا ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكترى فـإنه يصح مع ما ذكروه، إذا ثبت هذا فإن الإجـارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكره، لأنها أحد طرفى العقد فاحتيج إلى معرفته كالإنتهاء، وإن أطلق فقال: أجرتك سنة أو شهرًا، صح، وكان ابتداؤها من حين العـقد، وهو قول أبى حنيفة ومالك، وقال الشـافعى وبعض أصحابنا: لا يصح حتى يسمى الشهـر ويذكر أى سنة هى، قال أحمد فى رواية إسماعـيل بن سعيد: إذا استأجر أجيرًا شهرًا فلا يجوز حتى يسمى الشهر.

فـصل: ويجوز أن يكترى قميصًا ليلبسهُ، لأنه يمكن الانتفاع به مع بقـاء عينه، ويجوز بيعه فجازت إجارته كالعقـار، ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم فى الليل، فعليه نزعه فى ذلك، لأن الإطلاق يحـمل على المعتاد، وله لبسه فيما سوى ذلك، وإن نام نهارًا لم يكن عليه نزعه، لأنه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به، ولا يجـوز أن يتزر به، لأنه يعتمـد عليه فيشـقه، وفى اللبس لا يعتمـد ويجوز أن يرتدى به، لأنه أخف، ومن ملك شـيئًا ملـك ما هو أخف منه، وقيل فـيه وجـه آخر: إنه لا يجوز، لأنه استعمال لم تجر العادة به فى القميص أشبه الاتزار به.

فـصل: وإن استأجر أرضًـا، صح لما تقدم، ولا يصح حتى يرى الأرض، لأن المنفـعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية، لأنهـا لا تنضبط بالصفة، ولا يصح حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء، لأن الأرض تصلح لهـذا كله، وتأثيره فى الأرض يختلف فوجب بيانه، فإن قال: أجـرتكها لتزرعها أو تغرسها، لم يصح، لأنه لم يعين أحـدهما فأشبه ما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، وإن قال: لتزرعـها ما شئت أو تغرسها ما شئت صح، وهذا منصوص الـشافعى وخـالفه أكثـر أصحـابه، فقالوا: لا يجـوز، لأنه لا يدرى كم يزرع ويغرس، وقال بعضهم: يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها.

ولنا: قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال: ﴿عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ﴾ (القـصص: ٢٧) لم يذكر ابتداءها، ولأنه تقدير بمدة ليس فيـها قربة، فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب كمدة السلم والإيلاء، وتفارق النذر فإنه قربة.

فـصل: إذا تمت الإجارة وكانـت على مدة ملك المستأجـر المنافع المعقود عـليها إلى المدة وتحدث على ملكه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد، لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والثمرة.

ولنا: أن الملك عـبارة عن حكم يحـصل به تصرف مـخصـوص، وقد ثبت أن المنفـعة المستقبلة كان لمالك العين أن يتصرف فيها كـتصرفه فى العين فلما أجرها كان المستأجر مالكًا للتصرف فـيها كما كـان يملكه المؤجر فثبت أنهـا كانت مملوكة لمالك الـعين ثم انتقلت إلى المستأجـر، بخلاف الولد والثمرة فإن المستـأجر لا يملك التصرف فيهـا، قولهم: إن المنفعة مـعدومـة، قلنا: هى مقـدرة الوجـود، لأنها جـعلت موردًا لـلفعل، والقـدر لا يرد إلا على موجود.

42- **مـسألة:** (وإذا أجره فى أثناء شهر سنة استوفى شهرًا بالعدد وسائرها بالأهلة).

لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك، لأنه الأصل، وعنه يستوفى الجميع بالعدد لأنها مدة يستوفى بعضهـا بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كـانت المدة شهرًا واحـدًا، ولأن الشهر الأول ينبغى أن يكمل من الشـهر الذى يليه

ولنا: أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فـصح، كما لو قال: لتزرعها ما شئت، ولأن اختـلاف الجنسين كاختـلاف النوعين، وقـوله لتزرعهـا ما شئت إذن فى نوعـين وأنواع، وقد صح، فكذلك فى الجنسين، وله أن يغـرسها كلها، وإن أحب زرعهـا كما لو أذن له فى أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعًا واحدًا، وله زرعها من نوعين كذلك هـهنا.

وإن أكراها للزرع وحـده ففيه أربع مـسائل: **إحــداهن**: أكراها للزرع مطلقًـا، أو قال: لتزرعـها مـا شئت، فإنـه يصح، وله زرع ما شاء، وهـذا مذهب الشافـعى، وحكى عن ابن سُرَيْجٍ: أنه لا يصح حتى يتـبين الزرع، لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيـان، كما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء.

ولنا: أنه يجوز اسـتئجارها لأكثـر الزرع ضررًا ويباح له جميـع الأنواع، لأنها دونه، فإذا

فيحـصل ابتداء الشهر الثانى فى أثنائه، وكـذلك كل شهر يأتى بعده، ولأبى حنيفـة والشافعى كالروايتين، وكذلك الحكم فى كل ما يعتبر فيه الأشهر كعدة الوفاة وشهرى صيام الكفارة.

فصل: ومن اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة غروب الشمس، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفـة وأبو ثور: آخرها زوال الشمس، لأن العـشاء آخر النهار وآخـره النصف الآخر من الزوال، وكذلك جـاء فى حديث ذى اليـدين عن أبى هريرة قال: صلـى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاة العشى، يعنى الظهر أو العصر، هكذا تفسيره.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ﴾ (النور: ٥٨) يعنى العتمة، وقال النبى ﷺ: «لولا أن أشق على أمـتى لأخرت العـشـاء إلى ثلث الليل»[12] وإنمـا تعلق الـحكم بغـروب الشمس، لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخـرة فيدل على أن الأولى المغرب وهو فى العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به، لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها إلى الليل، وما ذكروه لا يصح، لأن لفظ العشى غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت أن معناهما واحد، غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرنا، فـإن اكتراها إلى الليل فهو إلى أوله، وكذلك إن اكتراها إلى النهار فهو إلى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل فى المدة الأولى والنهار فى الثانية لما ذكرنا فى مدة الخيار، وإن اكـتراها نهارًا فهو إلى غروب الشمس، وإن اكـتراها ليلة فهى إلى طلوع الفجر فى قـول الجميع، لأن الله تعالى قـال فى ليلة القدر: ﴿سَلامٌ هِيَ حَتَّىٰ مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ (القدر: ٥) وقال: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ﴾ ثم قال: ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ (البقرة: ١٨٧).

---

(12) أخرجـه الترمـذى (١/ ح١٦٧) وابن حبـان (١/ ح٦٩١) وأحمد فى مـسنده (٤/ ١١٤) (٦/ ١٥٠) وإسناده صحيح.

عمم أو أطلق تناول الأكـثـر، وكان له ما دونه، ويخـالف الأجناس المختلفـة، فإنه لا يدخل بعضها فى بعض، **فإن قيل:** فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، **قلنا:** لأن إجارة المركوب لأكثـر الركاب ضرراً لا تجوز بخلاف المزروع، ولأن للحيوان حـرمة فى نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فـيه بخلاف الأرض، **فإن قـيل:** فلو استأجـر داراً للسكنى مطلقًا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كـالقصار والحداد فلم قلتم: إنه يجوز أن يزرعهـا ما يضر بها؟ **قـلـنـا:** السكنى لا تقتـضى ضرراً فلذلك منع من إسكان من يـضر بها، لأن العـقد لم يقتـضه والزرع يقتضى الضرر، فإذا أطلق كان راضيًـا بأكثره، فلهذا جاز، وليس له أن يغرس فى هذه الأرض ولا يبنى، لأن ضرره أكثر من المعقود عليه.

فـصل: وإن اكترى فسطاطًا إلى مكة ولم يقل: مـتى أخرج، فالكراء فاسد، وبه قال أبو ثور، وهو قياس قول الشافعى، وقال أصحاب الرأى: يجوز استحسانًا بخلاف القياس.

ولنا: أنها مدة غير معلومة الابتداء فلـم يجز، كما لو قال: أجرتك دارى من حين يخرج الحاج إلى رأس السنة، وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلاً نمنع كونه دليلاً.

القسم الثانى: إجارتها لعمل معلوم كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين أو بقر لحرث مكان أو دياس زرع، واستئجار عبد ليدله على طريق، أو رحى لطحن قفزان معلومة، فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف، لأن الإجارة عـقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلومـًا لئلا يفضى إلى الاخـتلاف والتنازع كقـولنا فى البيع، والعلم بمـقدار المنفعـة إما أن يحصل بتقدير المدة، كما ذكرنا فى إجارة الدار وخدمـة العبد مدة معلومة، وإما بتقدير العمل ووصف ما يعمله وضبطه بما لا يختلف فيه كالمبيعات.

فـصل: يجوز أن يكترى بقراً لحرث مكان، لأن البقر خلقت للحرث، ولذلك قال النبى ﷺ: «بينمـا رجل يسوق بـقرة أراد أن يركـبهـا فـقالت: إنى لم أخلـق لهذا إنمـا خلقت للحرث»[13] متفق عليه، ويحتاج إلى معرفة الأرض وتقدير العمل، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فإنهـا تختلف فتكون صلبة تتعب البقـر والحراث، وتكون فيها حجارة تتـعلق فيها السكة وتكون رخوة يسهل حرثهـا، ولا تنضبط بالصفة فتحتـاج إلى الرؤية، وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين: إما بالمدة كيوم، وإما بمعرفة الأرض كهذه القطعة أو من هـٰهنا إلى هـٰهنا أو بالمساحة كجريب أو جريبين أو كـذا ذراعًا فى كذا، كل ذلك جائز لحصول العلم به، فإن قدره بالمدة فـلا بد من معرفة البـقر التى يعمل عليها، لأن الغـرض يختلف باختلافـها بالقوة والضعف، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها، ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها، ويجوز استئـجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الأرض، ويجوز

---

(13) أخرجه البـخارى (٦/ ح٣٤٧١/ فتح) ومسلم (٤/ فضـائل/ ١٨٥٧، ١٨٥٨/ ح ١٣) والترمذى (٥/ ح٣٦٧٧).

المسألة الثانية: أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه، فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه فى قول عـامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر، فإنهم قالوا: لا يجوز له زرع غير ما عـينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يـزرع بيضاء، لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم فى الثمن.

ولنا: أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح، ولهذا يستقر عليه العوض بمضى المدة إذا تسلم الأرض، وإن لم يزرعها وإنما ذكر القمح، لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر دارًا ليسكنهـا، كان له أن يسكنها غيـره، وفارق المركوب والدراهم فى الثـمن فإنهما مـعقود عليهما فتعـينا، والمعقود عليه هـهنا منفعة مقدرة، وقد تعـينت أيضًا ولم يتعين ما قدرت به، كما لا يتعين المكيال والميزان فى المكيل والموزون.

المسألة الثالثة: قال: ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه، فهذه كالتى قبلها إلا أنه مخالف فيها، لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الإشكال.

استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع، لأنها منفعة مباحة مقصودة أشبهت الحرث، ويجوز على مدة أو زرع معـين أو موصوف كما ذكرنا فى الحـرث، ومتى كان على مدة احتيج إلى مـعرفة الحيوان، لأن الغرض يخـتلف به فمنه ما روثه طاهر ومنه نجس، ولا يحتاج إلى مـعرفة عين الحيوان، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه، ومنفردًا كما ذكرنا فى الحرث.

فـصل: ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينًا أو زرعًا، ولأصحاب الشافعى فيه وجه: أنه لا يجوز، لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان.

ولنا: أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها أشبهت سائر المنافع المباحة، وكالتى قبلها.

فـصل: وإن اكترى حيوانًا لعمل لم يخلق له كمن اسـتأجر البقر للركوب أو الحمل، أو الإبل والحميـر للحرث جاز، لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فـجاز كالتى خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التـصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة، ويمكن تحصيلها منها، ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قيـاس صحيـح، أو رجحان مـضرة على منفعـة ولم يوجد شىء منهـا، وكثـير من الناس يحملون على البقـر ويركبونها، وفى بعض البـلاد يحرث على الإبل والبغال والحمـير فيكون معنى خلقـها للحرث ـ إن شـاء الله تعالى ـ أنه معظم نفعـها، ولا يمنع ذلك الانتفـاع بها فى شىء آخر، كـما أن الخيل خلقت للركـوب والزينة ويباح أكلها، واللؤلؤ خلق للحليـة ويجوز استعماله فى الأدوية وغيرها.

فـصل: ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى، ويفتقر لشيئين: معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة، لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته، **الثانى**: تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين، أو بالطعام فيقـول: قفيزًا أو قفيزين، وذكر جنس المطحون إن

المسـألة الرابعـة: قال: ليزرعها حنطة ولا يزرع غيـرها، فذكر القاضى أن الشرط باطل، لأنه ينافى مقتـضى العقد، لأنه يقتضى استيـفاء المنفعة كيف شاء فلم يـصح الشرط، كما لو شرط عليـه استيـفاء المـبيع بنفسـه، والعقد صـحيح، لأنه لا ضـرر فيه، ولا غـرض لأحد المتعـاقدين، لأن ما ضرره مثلـه لا يختلف فى غير المؤجـر فلم يؤثر فى العقد فأشـبه شرط استيـفاء المبيع أو الثمن بنفسـه، وقد ذكرنا فيـما إذا شرط مكترى الدار أنه لا يسكنهـا غيره، وجهًا فى صحة الشرط، ووجهًا آخر فى فساد العقد فيخرج هـهنا مثله.

فـصل: وإن أكراها للغراس، ففيه مـا ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها، لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه، لأن كل واحـد منهما يضر بباطن الأرض، وليس له البناء، لأن ضرره مخالف لضرره، فإنه يضر بظاهر الأرض، وإن أكراها للزرع، لم يكن له الغرس ولا البناء، لأن ضرر الغـرس أكثر، وضرر البناء مخـالف لضرره، وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع، لأن ضررهما يخالف ضرره.

فـصل: ولا تخلو الأرض من قسمـين: أحدهما: أن يكون له ماء دائم، إمـا من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر فى الزرع، أو من عـين نابعة أو بركة من مياه

كان يخـتلف، لأن منه ما يسـهل طحنه ومنه مـا يشق، وإن اكتراهـا لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومـشاهدة دلائه لاختلافـها، وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هـذا الحوض، وكذلك إن اكتراها للسقى بالغرب فلا بد من معرفته، ولأنه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة، يجوز تقدير ذلك بـسقى أرض، لأن ذلك يختلف، فقد تكون الأرض شديدة العطش لا يرويهـا القليل وتكون قريبة العـهد بالماء فيرويـها اليسير، وإن قـدره بسقى ماشيـة احتمل أن لا يجوز لذلك، ويحتـمل الجواز، لأن شربها يتقـارب فى الغالب، ويجوز استئجار دابة ليـستقى عليها ماء، ولا بد من معرفة الآلة التى يسـقى فيها من راوية أو قرب أو جرار إما بالرؤية وإما بالصفة، ويقدر العـمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شىء معين، فإن قدره بعدد المرات احتـاج إلى معرفة المكان الذى يستـقى منه والذى يذهب إليه، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعـد والسهولة والحزونة، وإن قـدره إلى شىء معين احتاج إلى مـعرفته ومعـرفة ما يستقى منه، ويجـوز أن يكترى البهيمة بآلتهـا وبدونها مع صاحبها ووحـدها، فإن اكتراها لبل تراب معروف جاز، لأنه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذى يعمل عليـه، لأن الغرض يختلـف باختلافهـا فى القوة والضـعف، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى ذلك، لأنه لا يختلف، ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك فى استقاء الماء عليه، لأن منه ما روثه وجسمـه طاهر، كالخيل والبقر، ومنه ما روثه نجس، وفى جسـمه اختلاف، كالبغال، فربما نجس يد المستقى أو دلوه فيـتنجس الماء به، فيختلف الغرض بذلك، فاحتيج إلى معرفته.

الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به، أو من بئر يقوم بكفايتها، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض وقرب الماء الذى تحت الأرض، فهذا كله دائم، ويصح استئجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه، وكذلك الأرض التى تشرب من مياه الأمطار، ويكتفى بالمعتاد منه، لأن ذلك بحكم العادة ولا ينقطع إلا نادرًا فهو كسائر الصور المذكورة، **والثانى**: أن لا يكون لها ماء دائم وهى نوعان: **أحدهما**: ما يشرب من زيادة معتادة تأتى فى وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل، وما يشرب من زيادة الفراث وأشباهه، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى، أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر، فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذى تسقى به وبعده، وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبًا للشافعى، وقال أصحابه: إن أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها، لأنها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا؟.

43- **مسألة: (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق).**

لأن النبى ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديًا خريتًا ـ وهو الماهر بالهداية ـ ليدلهما على الطريق إلى المدينة(14).

44- **مسألة: (ويصح استئجار رحي لطحن قفزان معلومة).**

ويحتاج إلى معرفة جنس المطحون بُرًّا أو شعيرًا أو ذرة أو غيره، لأن ذلك يختلف، فمنه ما يسهل طحنه، ومنه ما يعسر، فاحتيج إلى معرفته لتزول الجهالة.

فصل: يجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم أو فى مدة معلومة، وبه قال مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، لا نعلم فيه خلافًا، وقد روى فى حديث سويد بن قيس: أتانا رسول الله ﷺ فاشترى رجل منا سراويل وثم رجل يزن بأجر، فقال رسول الله ﷺ: «زن وأرجح» رواه أبو داود(15).

فصل: ويجوز استئجار رجل ليلازم غريمًا تستحق ملازمته، وقد روى عن أحمد أنه كره ذلك، وقال: غير هذا أعجب إلى، وإنما كرهه لأنه يؤول إلى الخصومة، وفيه تضييق على المسلم، ولا يأمن أن يكون ظالمًا فيساعده على ظلمه، وروى عنه أنه قال: لا بأس به، لأن الظاهر أنه بحق فإن الحاكم فى الظاهر لا يحكم إلا بحق، ولهذا أجزنا للموكل فعله.

فصل: ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقنى، لأنها منفعة معلومة، يجوز التطوع بها، فجار الاستئجار عليها كالخدمة، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين،

---

(14) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٦٣/ فتح) وأيضًا فى مناقب الأنصار (٧/ ٣٩٠٥/ فتح).

(15) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٣٦، ٣٣٣٧) والترمذى (٣/ ح١٣٠٥) وابن ماجه (٢/ ح٢٢٢٠) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٥٢) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٣٠) (٤/ ١٩٢) وابن حبان (٧/ ح٥١٢٥) والبخارى فى التاريخ الكبير (٤/ ١٤٢) وإسناده صحيح.

ولنا: أن هذا معتاد، الـظاهر وجوده، فجازت إجارة الأرض الشاربة به كالـشاربة من مياه الأمطار، ولأن ظن القدرة على التسليم فى وقته يكفى فى صحة العقد كالسلم فى الفاكهة إلى أوانها.

النوع الثانى: أن يكون مجىء الماء نادراً أو غير ظاهر، كالأرض التى لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثيـر الذى يندر وجوده، أو يكون شربها من فيض واد مجـيئه نادر أو من زيادة نادرة فى نهر، أو عـين غالبـة، فهذه إن أجـرها بعد وجـود ماء يسقـيها به صح أيـضًا، لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعـها فجازت إجارتها كذات الماء الـدائم، وإن أجرها قبله للغرس أو الزرع لم يصح، لأنه يتـعذر الزرع غالبًـا ويتعـذر المعـقود عليه فى الظـاهر فلم تصح إجارتهـا كالآبق والمغصوب، وإن اكتـراها على أنها لا ماء لها جاز، لأنه يتمكن من الانتفاع بـها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيـها، وله أن يزرعها رجاء الماء، وإن حصل له مـاء قبل زرعها فله زرعها، لأن ذلك من منافعها المـمكن استيفاؤها، وليس له أن يبنى ولا يغرس، لأن ذلك يراد للتأبيد وتقدير الإجـارة بمدة تقتضى تفريغهـا عند انقضائها، **فـإن قـيل:** فلو اسـتأجـرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة، **قلنا:** التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره فى التـفريغ عند انقضـاء المدة إلا أن يشتـرط قلع ذلك عند انقضـاء المدة، فيـصرف الغراس والـبناء عمـا يراد له بظاهره بخلاف مـسألتنا، وإن أطلق إجـارة هذه الأرض مع العلم

فإن قدره بمدة نحو أن يستأجره شهراً ليحفر له بئرًا أو نهرًا، لم يحتج إلى معرفة القدر، وعليه الحفر فى ذلك الشهر قليـلاً حفر أو كثيرًا، قال شيخنا: ويفتقـر إلى معرفة الأرض التى يحفر فيها، وقال بعض أصحـابنا: لا يحتاج إلى ذلك، لأن الغرض لا يختلف بذلك، والأول أولى إن شاء الله تعالى، لأن الأرض الصلبـة يشق حفرها، واللينة يسهل، وإن قـدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة، لكونها تخـتلف بالسهولة والصلابة، وذلك لا ينضبط بالصفة، ويعرف دور البئر وعمـقها وطول النهر وعرضه وعمقه، لأن العـمل يختلف بذلك، وإذا حفر بئرًا فعليه شيل التراب، لأنه لا يمكنه الحفـر إلا بذلك فقد تضمنه العقد، فإن تهور تراب من جانبيـها أو سقطت فيـه بهيمة أو نحو ذلك لـم يلزمه شيله، وكان على صـاحب البئر، لأنه سقط فيـها من ملكه، ولا يتضمن عقـد الإجارة رفعه، وإن وصل إلى صخـرة أو جماد يمنع الحفـر لم يلزمه حفـره، لأن ذلك مخالف لمـا شاهده من الأرض، وإنما اعـتبرت مـشاهدة الأرض، لأنها تخـتلف، فإذا ظهر فيهـا ما يخالف المشـاهدة كان له الخيار فى الـفسخ، فإن فسخ كان له الأجر بحصـة ما عمل فيقسط الأجر على ما بقى وما عمل، فـيقال: كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقى؟ فيقسط الأجر المسـمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع، لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه، وأسفله يشق ذلك فـيه، وإن نبع منه ما منعه من الحفر فهو كالصخرة على ما ذكرنا.

بحالها، وعدم مـائها صح، لأنهما دخلا فى العـقد على أنها لا ماء لها فأشـبه ما لو شرطاه، وإن لم يعلم عدم نمـائها أو ظن المكتـرى أنه يمكن تحصيـل ماء لها بوجـه من الوجوه، لم يصح العقد، ولأنه ربما دخل فى العقد بناء على أن المـالك لها يحصل لها ماء، وأنه يكتريها للزراعة مـع تعذرها، وقيل: لا يـصح العقد مع الإطـلاق وإن علم بحالهـا، لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة والأولى صحته، لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقـام شرطه، ومتى كان لهـا ماء غير دائم، أو الظاهر انقطاعـه قبل الزرع، أو لا يكفى الزرع، فهى كالتى لا ماء لها، ومذهب الشافعى فى هذا كله كما ذكرنا.

فصل: وإن اكترى أرضًا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها، وقد ينحسر ولا ينحسر، فالعقد باطل، لأن الانتفاع بها فى الحال غير ممكن، ولا يزول المانع غالبًا، وإن كان ينحسـر عنها وقت الحـاجة إلى الزراعـة كأرض مصـر فى وقت مد النيل، صح العـقد، لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة، وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها، والعادة غرقها لم يجز إجارتها، لأنها فى حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة.

فصل: ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكترى، نص عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافًا، وهو مذهب الشافعى، لأن التالف غير المعقود عليه، وإنما تلف مال المكترى فيه فأشـبه من اشترى دكانًا فاحترق متاعه فيه، ثم إن أمكن المكترى الانتـفاع بالأرض بغيـر الزرع أو بالزرع فى بقية المـدة فله ذلك، وإن تعذر ذلك فالأجـر لازم له، لأن تعذره لفوات وقت الزراعـة بسبب غير مـضمون على المـؤجر لا

فصل: ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتبًا من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات، نص عليه فى رواية مثنى بـن جامع، وسأله عن كتابة الحديـث بالأجر فلم ير به بأسًا، ولا بد من التقـدير بالمدة أو العمل، فإن قـدره بالعمل ذكر عدد الورق وقـدره وعدد السطور فى كل ورقة وقدر الحـواشى ودقة القلم وغلظه، فإن عرف الخط بالمشـاهدة جاز، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضـبطه وإلاَّ فلا بد من المشاهدة، لأن الأجـر يختلف باختلافه، ويجـوز تقدير الأجر بأجـزاء الفرع وبأجـزاء الأصل، وإن قـاطعه على نسخ الأصل بـأجر واحـد جاز، فـإن أخطأ بالشىء اليسير عفى عنه، لأنه لا يمكن التحرز منه، وإن كان كثيرًا بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به، قال ابن عـقيل: ليس له محادثة غـيره حال النسخ ولا التشاغل بمـا يشغل سره ويوجب غلطه، ولا لغيـره تحديثه وشغله، وكـذلك الأعمال التى تختل بشـغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف فى قول أكثر أهل العلم، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار، وبه قال أبو حنيـفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن سيرين: لا بأس أن يستأجر الرجل شهرًا ويستكتبه مـصحفًا، وكره علقمه كتابة المصحف بالأجر، ولعله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القربة فكره الأجر عليه كالصلاة.

لمعنى فى العين، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار، لأنه لمعنى فى العين، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه، لأنه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب، وإن قلَّ الماء بحيث لا يكفى الزرع، فله الفسخ، لأنه عيب، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضًا، ويبقى الـزرع فى الأرض إلى أن يستحصد، وعليه من المســمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقى من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء، وكذلك إن انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو يسوء حاله به.

فـصل: وإذا استأجر أرضًا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع ولم يبلغ حصاده لم يخل من حالين:

أحـدهمـا: أن يكون لتفريط من المستأجر مـثل أن يزرع زرعًا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المـدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير الـمالك بعد المدة بين أخذه بالقيـمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة، لأنه أبقى زرعه فى أرض غيره بعـدوانه، وإن اختار المستأجر قطع زرعه فى الحـال وتفريغ الأرض فله ذلك، لأنه يزيل الضرر ويـسلم الأرض على الوجه الذى اقتضـاه العقد، وذكر القاضى: أن على المـستأجر نقل الزرع وتفـريغ الأرض، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيـره جاز، وهذا مذهب الشافعى بناء على قوله فى الغـاصب، وقياس مذهبنا ما ذكرناه.

الحـال الثـانى: أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يـزرع زرعًا ينتهى فى المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيـره، فإنه يلزم المؤجر تركـه إلى أن ينتهى وله المسمى وأجـر المثل لما زاد، وهذا

ولنا: أنه فعل مبـاح يجوز أن ينوب فيه الغيـر عن الغير فجاز أخذ الأجـرة عليه، ككتابة الحديث، وقد جاء فى الخبر: «أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»(16).

فـــصل: ويجوز أن يستأجـر لحصاد زرعه، لا نعلم فيه خـلافًا، وكان إبراهيم بن أدهم يؤجر نفـسه لحصـاد الزرع، ويجوز تقديره بـمدة وبعمل، مـثل أن يقاطعه على حـصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقى زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجـر رجلاً يحتطب له، لأنه عـمل مباح تدخله النيابة أشـبه حصاد الزرع، قـال أحمد فى رجل استأجر أجيرًا على أن يحتطب له على حمارين كل يوم، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حميـر لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة، فإن كـان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقـيمة، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله، لقوله: إن كان يدخل عليه ضـرر رجع بالقيمة فـاعتبـر الضرر، وظاهر هذا أنه إذا لم يستـضر لا يرجع بشىء، لأنه

---

(16) ذكره البخارى مـعلقًا من حديث ابن عباس (٤/ ٥٢٩) وأخرجه الدارقـطنى (٣/ ح٢٤٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٢٤) وقال: رواه البخارى فى الصحيح عن سيدان بن مضارب عن أبى معشر، وابن حبان (٧/ ح٥١٢٤) وأورده الألبانى فى إرواء الغليل (ح١٤٩٤) والحديث صحيح.

أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، **والوجه الثاني**: قالوا: يلزمه نقله، لأن المدة ضربت لنقل الذرع فيلزم العمل بموجبه، وقد وجد منه تفريط، لأنه كان يمكنه أن يستظهر فى المدة فلم يفعل.

ولنا: أنه حصل الزرع فى أرض غيره بإذنه من غير تفريط فلزم تركه، كما لو أعاره أرضًا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم: إنه مفرط، غير صحيح لأن هذه المدة التى جرت العادة بكمال الزرع فيها، وفى زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شىء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطًا، ومتى أراد المستأجر زرع شىء لا يدرك مثله فى الإجارة فللمالك منعه، لأنه سبب لوجود زرعه فى أرضه بغير حق فملك منعه منه، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة، لأنه فى أرض يملك نفعها، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال: إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التى يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة.

فصل: وإذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن يكترى خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا فى سنة، نظرنا فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح، لأنه لا يفضى إلى الزيادة على مدته، وقد يكون له غرض فى ذلك لأخذه إياه قصيلاً أو غيره ويلزمه ما التزم، وإن أطلق العقد ولم يشترط شيئًا احتمل أن يصح، لأن الانتفاع بالزرع فى هذه المدة ممكن، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض فى زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه

اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شىء كما لو أستأجره لعمل فكان يقرأ القرآن فى حال عمله، فإن ضر المستأجر رجع عليه بقيمة ما فوت عليه، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه، وقال القاضى: معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذى أخذه من الآخر، لأن منافعها فى هذه المدة مملوكة لغيره، فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره.

فصل: يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص فى النفس وما دونها، وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: لا يجوز فى النفس، لأن عدد الضربات يختلف، وموضع الضربات غير متعين، إذ يمكن أن يضرب مما يلى الرأس ومما يلى الكتف فكان مجهولاً.

ولنا: أنه حق يجوز التوكيل فى استيفائه لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليه كالقصاص فى الطرف، وقوله: إن عدد الضربات يختلف، وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب، فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله: إن محله غير متعين، قلنا: هو متقارب، فلا يمنع ذلك صحته كموضع الخياطة من حاشية الثوب.

مثل أن يزرعها شـعيرًا يأخذه قصيلاً صح العـقد، لأن الانتفاع بها فى بعض ما اقتـضاه العقد ممكن، وإن لم يكن كذلك لـم يصح، لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع فـيه أشبه إجارة السـبخة له، فإن قلنا: يصح، فإن انقضت المدة ففيه وجهان: **أحدهـما:** حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل فى مدته، لأنه هـهنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكرى تركه بالأجر، لأن التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد، لأنه جمع بين متضـادين، فإن تقدير المدة يقـتضى النقل فيها وشـرط التبقيـة يخالفه، ولأن مدة التبـقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتى تقدمت.

فـصل: إذا أجره للغراس سنة صح، لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق، وله أن يغرس قبل انقضاء المدة، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائهـا، لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الأرض غـرامة نقصه ولا على المكتـرى تسـوية الحـفر وإصـلاح الأرض، لأنهـما دخـلا على هذا لرضـاهمـا بالقلع واشتراطهما عليـه، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شـرطا مدة معلومة، وكذلك لو اكتـرى الأرض سنة بعد سنة كلمـا انقضى عقـد جدد آخر جـاز، وإن أطلق العقد فـللمكترى القلع، لأن الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التى باعهـا، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر، لأنه نقص دخل على ملك غيره بغـير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضـاء المدة هـهنا وفى التى قبلها، لأن القلع قـبل الوقت لم يأذن فيه المالك، ولأنه تصرف فى الأرض تصرفًـا نقصها لم

فـصل: ويجوز أن يستـأجر سمسارًا يشـترى له ثيابًا ورخص فيه ابن سـيرين وعطاء والنخعى، وكرهه الثورى وحماد.

ولنا أنها منفعة مـباحة تجوز النيابة فيهـا فجاز الاستئجار عليهـا كالبناء، وتجوز على مدة معلومة مثل أن يسـتأجره عشرة أيام يشترى له فـيها، لأن المدة معلومة والعمل مـعلوم فأشبه الخياط والقصـار، وإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيـئًا معلومًا صح أيضًا، وإن قال: كلما اشـتريت ثوبًا فلك درهم أجرًا، وكانت الثياب معلومة بـصفة أو مقدرة بثمن، جاز وإن لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمـد أنه لا يجوز، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها، والأجر يختلف باختلافها، فإن اشترى فله أجر مثله، وهذا قول أبى ثور وابن المنذر، لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة.

فـصل: وإن استأجره ليبـيع له ثيابًا بعينها صح وبه قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: لا يصح، لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير.

ولنا: أنه عمل مباح مـعلوم تجوز النيابة فيه فجـاز الاستئجار عليه كـشراء الثياب، ولأنه يجوز الاستئجار عليه مقدرًا بزمن فجاز مـقدرًا بالعمل كالخياطة، وقولهم: إنه يتعذر، ممنوع

يقتضه عقد الإجارة، وإن أبى القلع لم يجبر عليـه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ، وبهـذا قال الشافعى، وقال أبو حنيـفة ومالك: عليه القلع من غيـر ضمان النقص له، لأن تقدير المدة فى الإجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع.

ولنا: قول النبى ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ»(٢٦) مفهـومه أن ما ليس بظالم له حق، وهذا ليس بظالم، ولأنه غرس بـإذن المالك ولم يشرط قلعـه، فلم يجبر على القلع من غـير ضمان النقص، كـما لو استعار منه أرضًا للـغرس مدة فرجع قبل انقضـائها، ويخالف الزرع، فإنه لا يقتضى التأبيد، **فإن قيل**: فإن كان إطلاق العقد فى الغراس يقتضى التأبيد فشرط القلع ينافى مقتضى العقد، فينبغى أن يفسده، **قلنا**: إنما اقتضى التأبيد من حيث إن العادة فى الغراس التبقية، فـإذا أطلقه حمل على العادة، وإذا شرط خلافه جاز، كمـا إذا باع بغير نقد البلد، أو شرط فى الإجارة شرطًا يخالف العادة، إذا ثبـت هذا، فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء: **أحـدها**: أن يدفع قيمة الغـراس والبناء فيملكه مع أرضه، **والثـانى**: أن يقلع الغـراس والبناء ويضـمن أرش نقصـه، **والثـالث**: أن يقر الغـراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل، وبـهذا قال

فإن الثياب لا تـنفك عن راغب فيها، ولذلك صحت المضـاربة، ولا تكون إلاَّ بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فإنه يتعذر، وإن استـأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصح، لأنه قد يتـعذر لامتناع صاحبـها من البيع فيـتعذر تحصـيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع، ويحـتمل أن يصح، لأنه ممكن فى الجملة، فإن حـصل من ذلك شيء استحق الأجر وإلا بطلت الإجارة، كما لو لم يعين البائع ولا المشترى.

فـصـل: قال الـشيخ رحـمه الله: **(الضرب الثانى: عـقد على منفعة فى الذمة مـضبوطة بصفـات السلم، كخياطة ثوب وبنـاء دار وحمل إلى موضع معـين، ولا يكون الأجير فيـها إلا آدميًا جائز التصرف، ويسمى الأجير المشترك).**

يجوز للآدمى أن يؤجـر نفسه بغـير خلاف، وقـد أجر موسى عليـه السلام نفســه لرعاية الغنم، واستأجر النبى ﷺ وأبو بكر ﷺ رجلاً ليـدلهما على الطريق، ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه أشبه الدور، ثم إن إجارته تقع على مدة بعينها وعمل بعينه كإجارة موسى عليه السـلام نفسه لـلرعى، وتقع على عمل مـوصوف فى الذمـة كالسلم، ومـتى كان على عـمل موصـوف فى الذمة لم يكن الأجيـر فيها إلا آدمـيًا جائز التـصرف، لأن الذمة لا تكون لغـير

---

(٢٦) ذكـره البخـارى معلقًـا (٥/ ص٢٣) وأبو داود (٣/ ح٣٠٧٣) والترمـذى (٣/ ح١٣٧٨) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٣٢٧) ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٩، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٨) والدارقطنى (٣/ ص٣٦/ ح١٤٤) (٤/ ٢١٧/ ح٥٠) وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٧٤) وقال: رواه عبـد الله بن أحمـد فى حديث طويل، رواه الطبـرانى فى الكبيـر، وإسحاق بن يحـيى لم يدرك عبادة، وذكره العجلونى فى كشف الخفا (٢/ ح٢١٤٦) والحديث إسناده صحيح.

الشافعى، وقال مالك: يخير بين دفع قيمته فيملكه، وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان، وبين تركه فيكونان شـريكين، وليس بصحيح، لأن الغراس ملك لغارسـه لم يدفع إليه عنه عوض، ولا رضى بزوال ملكه عنه، كسائر الغرس، وإن اتفقـا على بيع الغراس، والبناء للمالك جاز، وإن باعهمـا صاحبهـما لغير مـالك الأرض جاز، ومشتريهـما يقوم فيـهما مقـام البائع، وقال أصحاب الشـافعى فى أحد الوجهين: ليس له بيـعهما لغير مـالك الأرض لأن ملكه ضعيف، بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة من غير إذنه.

ولنا: أنه مملوك له يجوز ربيعه لمالك الأرض، فجاز لغيره كشقص مشفوع، وبهذا يبطل ما ذكروه، فإن لـلشفيع تملك الشقص وشراءه، ويجوز بيـعه لغيره، فأما إن شـرط فى العقد تبقـية الغراس فـذكر القاضى أنه صـحيح وحكمه حكم مـا لو أطلق العقد سـواء، وهو قول أصحاب الشافعى، ويحتمل أن يبطل العقد، لأنه شـرط ما ينافى مقتضى العقد فلم يصح كما لو شـرط ذلك فى الزرع الذى لا يكمل قبل انـقضـاء المدة، ولأن الشـرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الإجارة.

٩٠٠- **مسألة:** قال: **(ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته)**.

اختلفت الرواية عن أحمد فـيمن استأجر أجيرًا بطعامه وكـسوته، أو جعل له أجرًا وشرط طعامـه وكسوته، فـروى عنه جواز ذلك، وهو مـذهب مالك وإسحـاق، وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى ﷺ أنهم استأجروا الأجـراء بطعامهم وكسوتهم، وروى عنه أن ذلك جائز فى الظئر دون غيـرها، اختارها القاضى، وهذا مـذهب أبى حنيفة، لأن ذلك مجـهول، وإنما

الآدمى، ولا تثبت المعاوضة لعمل فى الذمة لغير جائز التصرف، ولا بد أن يكون العمل الذى يتعلق بالذمة مضـبوطًا بصفات السلم ليحصل العلم به، ويسـمى الأجير فيها الأجيـر المشترك مثل الخياط الذى يتقبل الخياطة لجماعة، وكذلك القصار ومن فى معناه فتكون منفعته مشتركة بينهم.

45- **مسألة: (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كـقوله: استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب فى يوم، وعنه يجوز)**.

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله: استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب فى يوم أو تبنى هذه الدار فى شهر، وهو قـول أبى حنيفة والشافعى، لأن الجمع بينـهما يزيد الإجارة غررًا لا حاجة إليه، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل فى بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليـه العقد، وإن لم يعمل كان تاركـًا للعمل فى بعض المدة، فهـذا غرر قد أمكن التحـرز منه، ولم يوجد مثله فى مـحل الوفاق فلم يجز العـقد معه، وروى عن أحـمد فيـمن اكتـرى دابة إلى موضع على أن يدخله فى ثلاث فـدخله فى ست، قال: قـد أضر به، فقيل: يرجع عليه بالقيمة؟ قال: لا، ويصالـحه، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعًا، وهو

جاز فى الظـئر(٢٧)، لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقها، لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع، لأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والوارث ليس بزوج، ولأن المنفعة فى الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك، وروى عنه رواية ثالثة: لا يجوز ذلك بحال لا فى الظئر ولا فى غيرها، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر، لأن ذلك يختلف اختلافًا كثيرًا متباينًا، فيكون مجهولاً، والأجر من شرطه أن يكون معلومًا.

ولنا: ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال: «إن موسى آجر نفسه ثمانى حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه»(٢٨) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

وعن أبى هريرة رضي الله عنه أنه قال: كنت أجيرًا لابنة غزوان بطعام بطنى وعقبة رجلى أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركبوا(٢٩)، ولأن مَنْ ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير، فكان إجماعًا، ولأنه قد ثبت فى الظئر بالآية فيثبت فى غيرها بالقياس عليها، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة، ولأن للكسوة عرفًا وهى كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الإطعام فى الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد، ونخص أبا

قول أبى يوسف ومحمد، لأن الإجارة معقودة على العمل، فالمدة إنما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل فى بقيتها، لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شىء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة، لأن الأجير لم يف له بشرطه، فإن رضى بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ، لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ، كما لو تعذر المسلم فيه فى وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ وملكه المسلم، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير، كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل العمل سقط الأجر والعمل، وإن كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل، لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل.

---

(٢٧) الظئر: المرضعة. (٢٨) تقدم برقم (١).

(٢٩) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٥) وفى الزوائد، إسناده صحيح موقوف، لأن حيان بن بسطام، ذكره ابن حبان فى الثقات، ووثقه الدارقطنى وغيرهم، وباقى رجال الإسناد أثبات. اهـ. وحيان بن بسطام قال الحافظ فى التقريب: مقبول، وقال الذهبى: تفرد عنه ابنه.

عقبة رجلى: العقبة: النوبة، أى: للنوبة من الركوب واستراحة للرجل.

أحدو: يقال حدوت بالإبل أحدو حدوًا: حثثتها على السير بالحداء، مثل غراب: وهو الغناء لها.

حنيفة بأن ما كان عوضًا فى الرضاع جاز فى الخدمة كالأثمان، إذا ثبت هذا: فإنهما إن تشاحا فى مقـدار الطعام والكسـوة رجع فى القوت إلى الإطعـام فى الكفارة، وفى الكـسوة إلى أقل ملبوس مثله، قال أحمد: إذا تشـاحا فى الطعام يحكم له بمد كل يوم، ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطـعام المساكين فـفسرت ذلك السنة: بأنه مد لكل مـسكين، ولأن الإطعام مطلق فى الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر، وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية، لأن عليه ضررًا ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه.

فـصل: **وإن شرط الأجير كسوة ونفقة مـعلومة موصوفة كما يوصف فى السلم جاز ذلك عند الجـميع**، وإن لم يشترط طعامًا ولا كسوة فنفقتـه وكسوته على نفسه، وكذلك الظئر، قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحـد خلافًا فـيمـا ذكرت، وإن شرط للأجـير طعام غـيره وكـسوته موصوفًا جاز، لأنه معلوم أشبه ما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه، وإن شاء تركه، وإن لم يكن موصوفًا لم يجز، لأن ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه وجرت العـادة به، فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك، ولو اسـتأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز، لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليه، ولا نعلم أحدًا قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفًا فيجوز.

فـــصل: **وإن استغنى الأجيـر عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غـيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غـيره لم تسـقط نفقـته**، وكان له المطالبـة بها، لأنها عوض فـلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم، وإن احـتاج لدواء لمرضه لم يلزم المـستأجر ذلك، لأنه لم يشـرط له الإطعام إلا صحيحًا، لكـن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشترى له الأجـير ما يصلح له، لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد فى القدر.

46- مـــسألة: (ولا تجوز الإجـارة على عمل يخـتص فاعله أن يكون من أهـل القربة كالحج والأذان، وعنه تجوز).

معنى قوله: يختص فاعله أن يكون من أهل القـربة أنه يكون مسلمًا، وقد اختلفت الرواية عن أحمد ـ رحـمه الله ـ فى الاستئـجار على عمل يختص فـاعله أن يكون مسلمًا كـالإمامة والحج والأذان وتعليم القرآن، فروى عنه أنها لا تصح، وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهرى، وكره إسـحاق تعليم القرآن بأجر، قال عبد الله بن شـقيق: هذه الرغفان التى يأخذها المسلمـون من السحت، وكره أجر المعلم مع الشرط: الحـسن وابن سيرين وطاوس والشعبى والنخعى، وعن أحـمد رواية أخرى أنه يجوز، حكاها أبو الخطاب، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قـال: التعليم أحب إلى من أن يتوكل لهؤلاء السـلاطين، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس فى ضيعة، ومن أن يستدين ويتجر، لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله بأمانات الناس، التعليم أحب إلى، وهذا يدل على أن منعه منه فى مـوضع منعه للكراهة لا للتحريم،

فــصل: إذا دفع إليه طعامه فـأحب الأجير أن يستفضل بعـضه لنفسه نظرت، فإن كـان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حـاجته ويفضل الباقى أو كان فى تركه لأكله كله ضرر على المـؤجر، بأن يضعف عــن العمل، أو يقل لبن الظئر، منـع منه، لأنه فى الصورة الأولى: لم يملكه إياه، وإنما أباحه أكل قدر حاجته، وفى الثـانية: على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفـعته، فـمنع منه، كالجمال إذا امـتنع من علف الجمال، وإن دفع إليـه قدر الواجب من غير زيادة، أو دفع إليه أكثر وملكه إياه ولم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز، لأنه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبه الدارهم.

فصل: وإن قدم إليه طعامًا فنهب أو تلف قبل أكله نظرت، فإن كان على مائدة لا يخصه فيهـا بطعامه فهو من ضــمان المستأجـر، لأنه لم يسلمه إليه فكان تلفه من مـاله، وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من ضمان الأجير، لأنه تسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع.

فصل: إذا دفع إلى رجل ثوبًا وقال: بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح، نص عليه أحمد فى رواية أحمد بن سعيد، وروى ذلك عن ابن عبـاس، وبه قال ابن سيرين وإسحاق، وكرهه النخعى وحماد وأبو حنيـفة والثورى والشافعى وابن المنذر، لأنه أجر مجهـول يحتمل الوجود والعدم.

وممــن أجاز ذلك: مــالك والشافـعى، ورخص فى أجور المـعلمين أبو قــلابة وأبو ثور وابن المنذر، لأن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن، متفق عليه [17]، فإذا جاز تعليم القرآن عوضًا فى النكاح، وقـام مقام المهر، جاز أخذ الأجرة عليـه فى الإجارة، وقال رسول الله ﷺ: «أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله» حديث صحيح [18]، وفى حديث أبى سعيد أن رجلاً رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فـبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به النبى ﷺ فأخبروه وسألوه، فقال: «لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق، كلوا واضربوا لى معكم بسـهم» حديث صـحيح [19]، وإذا جاز أخــذ الجعل جاز أخذ الأجـر، لأنه فى معناه، ولأنه يجوز أخــذ الرزق عليه من بـيت المال فجـاز أخذ الأجـر عليه كـبناء المسـاجد، ولأن الحاجة تدعو إلى الاسـتنابة فى الحج عمن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجـد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الأجر فيه.

---

(17) أخـرجه البـخارى (٤/ ح٢٣١٠/ فـتح) ومـسلم (٢/ نكاح/ ١٠٤٠، ١٠٤١، ح٧٦، ٧٧) بلفظ: «اذهب فقد ملكتها بما مـعك من القرآن» وأبو داود (٢/ ح٢١١١) والترمذى (٣/ ح ١١١٣) والنسائى (٦/ ح٣٣٥٩) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٢٠١) وأحمد فى مسنده (٥/ ٣٣٤، ٣٣٦).

(18) تقدم تخريجه برقم (10).

(19) أخرجـه البخـارى (٤/ ح٢٢٧٦/ فتح) ومسـلم (٤/ سلام/ ١٧٢٧، ١٧٢٨/ ح٦٥، ٦٦) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٠) بلفظه، والترمذى (٤/ ح٢٠٦٣) وابن ماجه (٢/ ح٢١٥٦) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢، ١٠، ٤٤، ٨٣) واللفظ لأبى داود.

ولنا: ما روى عطاء عن ابن عباس أن كـان لا يرى بأسًا أن يعطى الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك، فـيقول: بعه بكـذا وكذا فما ازددت فهـو لك، ولا يعرف له فى عصـره مخالف، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة، إذا ثبت هذا، فإن باعه بزيادة فهى له، لأنه جعلهـا أجرة، وإن باعه بالقدر المـسمى من غير زيادة فـلا شىء له، لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة هـهنا فهو كالمضـارب إذا لم يربح، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع، لأنه وكيل مخـالف، وإن تعذر رده ضمن النقص، وقـد قال أحمد: يضـمن النقصان مطلقًـا، وهذا قد مضى مثله فى الوكالة، وإن باعـه نسيئة لم يصح البيع، لأن إطلاق البيع يقـتضى النقد لما فى النسيئة من ضرر التأخير والخـطر بالمال، ليحصل له نفع الربح، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء، لأنه يحصل لرب المـال نفع بما يحصل من الربح فى مقابلة ضرره بالنسيئة، وهـهنا لا فائدة لرب المال فى الربح بحال، ولأن مقصود المـضاربة تحصيل الربح وهو فى النسيئة أكثـر وهـهنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيـه، فلا فائدة له فيه، وقال أحـمد فى رواية الأثرم: ليس له شىء، يـعنى: إذا زاد على العشـرة، لأن الإطلاق إنما اقتضى ببيعها حالاً، فإذا باعها نسيئة فلم يمتثل الأمر فلم يستحق شيئًا.

فـصل: قال أحمد ـ رحمه الله ـ فى رواية مهنا: **لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه**، وهو أحب إلى من المقاطعة، إنما جاز هـهنا، لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ـ وهى أعلى طرق العلم ـ ومن علـم شيئًـا علم جزأه المـشاع فـيكون أجرًا معـلومًا،

ووجه الرواية الأولى ما روى عـثمان بن أبى العاص قال: إن آخر مـا عهد إلىَّ رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا[20]، قال الترمذى: هذا حديث حسن، وروى عبادة بن الصـامت قال: علّمت أناسًا من أهل الصفة القـرآن والكتابة، فأهدى إلىَّ رجل منهم قوسًا، قال: قلت: قوس وليست بمال قال: قلت: أتقلدها فى سبيل الله وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال: «إن سرك أن يقلدك الله قوسًا من نار فاقبلها»[21] وعن أبى ابن كعب أنه علم رجـلاً سورة من القرآن فأهدى له خـميصة أو ثوبًا فـذكر ذلك للنبى ﷺ فقال: «لو أنك لبستهـا أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبًا من نار»[22] وعن أبى قـال: كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصـابته علة قد احتبس فى بيته أقرئه القـرآن، فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له: هلمى طعام أخى فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك فى نفسى منه

---

(20) أخرجه الترمذى (١/ ح٢٠٩) وابن ماجه (١/ ح٧١٤) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢١٧) وإسناده صحيح.

(21) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٤١٦) بلفظ: «إن كنت تحب أن تطوق طوقًا من نار فاقبلها» وابن ماجه (٢/ ح٢١٥٧) بلفظ: «إن سرك أن تطوق بها طوقًـا من نار فاقبلها» والحاكم فى المـستدرك (٢/ ٤١، ٤٢) وقال: هذا حديث صحيح، ووافقه الذهبى، وهو كما قالا.

(22) لم نجده فيما بين أيدينا من مصادر.

واختاره أحمـد على المقاطعة مع أنها جائزة، لأنه ربما لم يخـرج من الزرع مثل الذى قاطعه عليه، وهـهنا يكون أقل ضرورة.

٩٠١- **مسألة:** قال: (**وكذلك الظئر**).

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العمل على جواز استئجار الظئر وهى المرضعة، وهو فى كتاب الله تعالى فى قوله سبحانه وتعـالى: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ (الطـلاق: ٦) واسـتـرضع النبى ﷺ لولده ابراهـيم(٣٠)، ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائهـا إلى غيره فإن الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعـذر رضاعه من أمه، فجاز ذلك كالإجـارة فى سائر المنافع، ثم ننظر، فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع، أو لهما جاز، وإن أطلق العقد على الرضاع، فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان: **أحدهـما:** لا تدخل، وهو قول أبى ثور وابن

شىء فذكرته للنبى ﷺ فـقال: «إن كان ذاك الطعام طعامـه وطعام أهله فكل منه، وإن كان يتحفك به فلا تأكله»(23) وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصارى قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقـرءُوا القرآن، ولا تغلوا فيـه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلـوا به، ولا تسكثروا به»(24) روى هذه الأحاديث كلها الأثرم فى سننـه، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كـونها قربة إلى الله تعالى، فلم يجز أخذ الأجر عليها كما لو استـأجر قومًا يصلون خلفه الجمعة أو التراويح، فأما الأخـذ على الرقية فإن أحـمد اختار جـوازه، وقال: لا بأس، وذكر حديث أبى سـعيد، والفرق بينه وبين ما اخـتلف فيه أن الرقية نوع مـداواة والمأخوذ عليها جـعل، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها، والجعالة أوسع من الإجارة، ولهـذا تجوز مع جهالة العمل والمدة، وقوله ﷺ: «أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله» يعنى الجعل أيضًا فى الرقية، لأنه ذكر ذلك فى سياق خبر الرقيـة، وأما جعل تعليم القرآن صداقًا فعنه فيه اخـتلاف، وليس فى الخبر تصريح بأن التعليم صـداق، إنما قال: «زوجتكها بمـا معك من القرآن» فيـحتمل أنه زوجهـا إياه بغير صداق إكرامًا له، كمـا زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه(25)، ونقل عنه جـوازه، والفرق

---

(٣٠) أخرجه مسلم (٤/ فضائل/ ١٨٠٨/ ح ٦٣) بلفظ: «كان إبراهيم مسترضعًا له فـى عوالى المدينة» وأحمد فى مسنده (٣/ ١١٢).

(23) ذكره الشوكانى فى «نيل الأوطار» (٧/ ٢٧) وعزاه إلى المزى، وقال: فى إسناده مقال.

(24) أخرجه أحمد فى مسنده (٣/ ٤٢٨، ٤٤٤) وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٧٣) وقال: رجاله ثقات، والحديث إسناده صحيح، وانظر الصحيحة (٢٦٠).

(25) أخرجـه النسـائى فى السنن (٦/ ح٣٣٤٠، ٣٣٤١) من حديث أنس، وإسناده صـحيح، وذكـره ابن حجر فى الإصابة (٨/ ٢٤٣) فـقال: فروينا فى مسند أحمد: يعلو فى الغيـلانيات من طريق حماد بن سلمة عن ثابت، وإسمـاعيل بن عبد الله بن أبى طلحة عن أنس بن مالك، ثم ذكـر القصة، وقال ابن حجر: ولهذا الحديث طرق معدودة.

المنذر، لأن العقد ما تناولها، والثاني: تدخل، وهو قول أصحاب الرأى، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى فحمل الإطلاق على مـا جرى به العرف والعادة، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

والحضـانة: تربية الصبى وحفظه وجعله فى سـريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقـه وأشباه ذلك، واشتـقاقه من الحـضن: وهو ما تحت الإبط وما يليـه، وسميت التـربية حضانة تجوزًا من حضانة الطير لبيضه وفراخه، لأنه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبى بذلك أخذًا من فعل الطائر.

فـصل: ويشترط لهذا العقد أربعة شروط: أحدها: أن تكون مدة الرضاع معلومة، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها فإن السقى والعمل فيها يختلف، الثـانى: معرفة الصبى بالمشاهدة، لأن الرضاع يخـتلف باختلاف الصـبى فى كبره وصغـره ونهمتـه وقناعته، وقال القـاضى: يعرف بالصفة كالراكب، الثالث: موضع الرضاع، لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها، الرابع: معرفة العوض وكونه معلومًا كما سبق.

فـصل: واختلف فى المعقـود عليه فى الرضاع، فقيل: هو خدمة الصبى وحمله ووضع الثدى فى فمه تبع كالصبغ فى إجارة الصبـاغ، وماء البئر فى الدار، لأن اللبن عين من الأعيان فلا يعقد عليـه فى الإجارة كلبن غير الآدمى، وقيل: هو اللبن، قـال القاضى: هو أشبه، لأن

بين المهر والأجر أن المهر ليس بعـوض محض، وإنما وجب نحلة ووصلة، ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الأجر فى غيره.

فـصل: فأما الرزق من بيت المال فيجوز عـلى ما يتعدى نفعه من هذه الأمور، لأن بيت المال من مصالح المسلمـين، فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين مـحتاجًا إليه كان من المصالح وكان له أخذه، لأنه من أهله وجرى مـجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر.

فـصل: فإن أعطى المعلم شيئًا من غير شرط جاز فـى ظاهر كلام أحمد فإنه قـال فى رواية أيوب بن سافرى: لا يطلب ولا يشارط، فإن أعطى شيئًا أخذه، وقال فى رواية أحمد بن سعيد: أكره أجـر المعلم إذا شرط، وقال: إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب مـن أحد شيئًا إن أتاه شيء قبـله كأنه يراه أهون، وكرهـه طائفة من أهل العلم لمـا تقدم من حـديث القوس والخميصة الـتى أعطيها أبىّ وعبادة من غير شرط، ولأن ذلك قـربة فلم يجز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام، ووجه الأول قول النبى ﷺ: «ما أتاك من هذا المال من غير مـسـألة ولا إشـراف نفس فخذه وتموله، فـإنه رزق ساقه الله إليك» (26) وقـــد أرخص

---

(26) أخرجه أحـمد فى «مسنده» (٢/ ٢٩٢، ٣٢٣، ٤٩٠) وإسناده صحـيح، وذكره الهيثمـى فى المجمع (٣/ ١٠٠) وقال: رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح.

المقصود دون الخدمـة، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحـقت الأجرة، ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئًا، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) فجـعل الأجر مرتبًـا على الإرضاع، فيـدل على أنه المعقـود عليه، ولأن العقـد لو كان على الخدمة لما لزمـها سقيه لبنها، وأما كـونه عينًا فإنما جاز العقد عليـه فى الإجارة رخصة، لأن غيـره لا يقوم مقـامه والضرورة تدعـو الى استيـفائه، وإنمـا جاز هذا فى الآدميـين دون سائر الحيوان، للضرورة إلى حفظ الآدمى والحاجة إلى إبقائه.

فـصل: وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنهـا ويصلح به، وللمكترى مطالبتها بذلـك، لأنه من تمام التمكين من الرضاع، وفى تركه إضـرار بالصبى، ومتى لم ترضعه وإنما أسقتـه لبن الغنم أو أطعمتـه فلا أجر لها، لأنهـا لم توف المعقود عليـه فأشبه ما لـو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه، وإن دفعـته إلى خادمتها فأرضعـته، فكذلك، وبه قال أبو ثور، وقال أصحاب الرأى: لها أجرها، لأن رضاعه حصل بفعلها.

ولنا: أنها لم ترضعـه فأشبه ما لو سقتـه لبن الغنم، وإن اختلفا فقالت: أرضـعته، فأنكر المسترضع، فالقول قولها، لأنها مؤتمنة.

فـصل: ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن عَلَّق عـتقها بصفة والمأذون لها فى التـجارة للإرضاع، لأنه عقد على منفعتها أشـبه إجارتها للخدمة، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها، لأن نفعها لسيدها، وإن كان لها ولد لم تجز إجارتها للإرضاع ألا أن يكون فيها فضل عن رِيِّه، لأن الحق لولدها، وليس لسيدها إلا ما فـضل عنه، وإن كانت مزوجة لم تجز

رسول الله ﷺ فى أكل طعـام الذى كان يعلمه إذا كـان طعامه وطعـام أهله، ولأنه إذا كان بغير شـرط كان هبة مجردة فـجاز، كما لو لم يعلمـه شيئًا، فأمـا حديث القوس والخمـيصة فقضيتان فى عين، فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصًا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى، ويحـتمل غير ذلك، فأما إن أعطى المـعلم أجرًا على تعليم الخط وحفظه جاز، نص عليه أحمد، فقال: إن كان المعـطى ينوى أنه يعطيه لحفظ الصبى وتعليمه، فأرجو إذا كان كـذا، ولأن هذا مما يجـوز أخذ الأجر عليـه مفردًا فـجاز مع غيـره كسائر مـا يجوز الاستئجـار عليه، وهكذا لو كان إمام المسجـد قيمًا يكنسه ويسرج قناديله ويغلـق بابه ويفتحه فأخذ أجرًا على خدمته، أو كان النائب فى الحج يخدم المستنيب له فى طريق الحج وليشد له ويحج عن قريبه فدفع إليه أجرًا لخدمته جاز ذلك إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة، كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه، وبناء المساجد والقناطر، فيجوز أخذ الأجرة عليه، لأنه يقع تارة قربة وتارة غير قربة، فلم يمنع الاستئجار لفعله كغرس الأشجار، وبناء البيوت، وكذلك فى تعليم الفقه والحديث، ذكره شـيخنا، وذكر القاضـى فى الخلاف أنهما من القـسم الأول، والأولى ما ذكره شـيخنا،

إجارتها لذلك إلا بإذنه، لأنه يفـوت حق الزوج لاشتغالها عنه بإرضاع الصبى وحـضانته، فإن أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا ينفسخ عـقد الإجارة، ويكون للزوج أن يستمتع بها فى حـال فراغـهـا من الرضاع والـحضـانة، وقـال مالك: ليس لزوجـهـا وطؤها إلا برضى المستأجر، لأنه ينقص اللبن، وقد يقطعه.

ولنا: أن وطء الزوج مستحق فـلا يسقط لأمر مشكوك فيه، وليس للسيـد إجارة مكاتبته، لأن منافعها إليها، ولذلك لم يملك سيـدها تزويجها ولا وطأها ولا إجارتها فى غير الرضاع، ولها أن تؤجر نفسها، لأنه من جهات الاكتساب.

فـصل: ويجوز للرجل استئجار أمته[٣١] وأخته وابنته لرضـاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغيـر خـلاف، وإن استأجر امـرأته لرضاع ولده منها جاز، هذا الصحيـح من مذهب أحمد، وذكره الخرقى فقال: وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها فهى أحق به من غيرها سواء كانت فى خبـال الزوج أو مطلقته، وقال القـاضى: ليس لها ذلك وتأول كلام الخـرقى على أنها فى حبـال زوج آخر، وهذا قول أصحـاب الرأى، وحكى عن الشافعى، لأنه قد اسـتحق حبسـها والاستمتاع بها بعوض، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك.

ولنا: أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع، ولأن منافعها

لكون فاعله لا يخـتص أن يكون من أهل القربة، وأما ما لا يتـعدى نفعه فاعلـه من العبادات المحضة كـالصيام وصلاة الإنسان لنفســه وحجه عن نفسه، وأداء زكاة نفســه، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بـغير خلاف، لأن الأجر عـوض للانتفاع، ولم يحصل لغـيره ههنا انتفاع فـأشبه إجارة الأعيان التى لا نفع فيها.

47- مـسـألة: (وإن استأجر مـن يحجمه صح، ويكره للحر أكل أجرته ويطعـمه الرقيق والبهائم، وقال القاضى: لا يصح).

يجوز أن يسـتأجر حجّـامًا ليحـجمه، وأجره مـباح، اختـاره أبو الخطاب، وهو قول ابن عباس، قـال: أنا آكله، وبه قال عكرمة والقاسم ومحـمد بن على بن الحسين وربيـعة ويحيى الأنصارى ومالك والشـافعى وأصحاب الرأى، وقال القاضى: لا يجـوز، وذكر أن أحمد نص عليه، قال: وإن أعطى شيئًا من غير عـقد ولا شرط فله أخذه، ويصرفه فى علف دابته وطعم عبيده ومؤنة صـناعته، ولا يحل أكله، وممن كره كسب الحجام: عـثمان وأبو هريرة والحسن والنخعى، لأن النبى ﷺ قال: «كـسب الحجام خبيث» مـتفق عليه[27]، وقـال: أطعمـه ناضحك ورقيقك.

---

(27) أخـرجه مـسلم (٣/ مسـاقـاة/ ١١٩٩/ ح ٤١) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢١) والترمـذى (٣/ ح١٢٧٥) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٦٢١) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٤، ٤٦٥) وأيضًا (٤/ ١٤١).

(٣١) فى نسخ «هـ» أمة.

فى الرضاع والحضـانة غير مستـحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبـارها على حضانة ولدها، ويجوز لهـا أن تأخذ عليـها العوض من غـيره فـجاز لها أخـذه كثمن مـالها، وقـولهم: إنها استحقت عوض الحبس والاسـتمتاع، قلنا: هذا غير الحضانة، واستحـقاق منفعة من وجه لا يمنع استحـقاق منفعة سواها بعوض آخـر كما لو استأجرها أولاً ثم تزوجـها، وتأويل القاضى كلام الخرقى يخالف الظاهر من وجهين: **أحدهما:** أن الألف واللام فى الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل، **والثانى:** أنها إذا كانت فى حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها ففسد التأويل.

فصل: وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وحكى عن أبى بكر أنها لا تنفسخ ويجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين.

ولنا: أنه مالك المـعقود عليـه أشبه ما لو هلكت البـهيمـة المستأجـرة، وإن مات الطفل انفسخ العـقد، لأنه يتعذر اسـتيفاء المـعقود عليـه لأنه لا يمكن إقامة غيـره مقامه لاخـتلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعى، وإذا انفسخ العقد عقيـبه بطلت الإجارة من أصلها ورجع المستأجر بالأجر كله، وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى.

٩٠٢- مسألة: قال: **(ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدًا أو أمة كما جاء فى الخبر إذا كان المسترضع موسرًا).**

يعنى بالخبر مـا روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجـاج بن حجاج

ولنا: ما روى ابن عـباس قـال: احتجم النبى ﷺ وأعطى الحـجام أجـره، ولو علمه حرامًا لم يعطه، متفق عليه(28)، وفى لفظ: ولو علمه خبيثًا لم يعطه، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلهـا أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئـجار عليها كالختـان، ولأن بالناس حاجة إليها ولا يجد كل أحد متبرعًا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع، ولأن قول النبى ﷺ فى كسب الحجام: «أطعمه رقيقك» دليل على إباحته، إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله، فإن الرقـيق آدمى يحرم عليـه أكل ما حرم على الحـر، وتخصيص ذلـك بما أعطيه من غـير استئجـار تحكم لا دليل عليه، فعلى هذا تسمية كسـبه خبيثًا لا يلزم منه التحـريم، فقد سمى النبى ﷺ الثوم والبصل خـبيثين مع إباحتـهما، وإنما كره النبى ﷺ ذلـك للحر تنزيهًا له لدناءة صناعته، وليس عن أحـمد نص فى تحريم كسب الحجـام ولا استئجاره عليـها، وإنما قال: نحن نعطيه كـما أعطى النبى ﷺ، ونقول له كما قـال النبى ﷺ لما سئل عن أكله نهاه، وقال: «اعلفه الناضح والرقيق» هذا معنى كلامه فى جميع الروايات، وليس هذا صريحًا

(28) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٧٩/ فـتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٥/ ح٦٥) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٣) بلفظ: لو علمه خبيثًا لم يعطه، وابن ماجه (٢/ ح٢١٦٢) وأحمد فى مسنده (٥/ ح٣٢٨٤/ شاكر).

الأسلمى عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله: ما يذهب عنى مذمة الرضاع؟ قال: «الغرة العبد أو الأمة» قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح(٣٢)، قال ابن الجوزى: المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم، قال ابن عقيل: إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها، لأن فعلها فى إرضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب بين النعمة والشكر، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّا، فقال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وقال النبى ﷺ: «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيعتقه»(٣٣) وإن كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها، لأنه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التى جعلها النبى ﷺ مجازاة للوالد من النسب.

٩٠٣- مسألة: قال: **(ومن اكترى دابة إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجره المثل لما جاوز وإن تلفت فعليه أيضًا قيمتها).**

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** فى الأجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد، نص عليه أحمد، ولا خلاف فيه بين أصحابنا، ذكر القاضى ذلك، وروى الأثرم بإسناده عن أبى الزناد أنه ذكر عن فقهاء المدنية السبعة، وقال: ربما اختلفوا فى الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيًا فكان الذى وعيت عنهم على هذه الصفة: أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه، فإن الدابة، إذا سلمت فى ذلك كله أدى كراءها وكراء ما

فى تحريمه، بل فيه دليل على إباحته كما فى قول النبى ﷺ على ما بينا، فإن إعطاءه للحجام دليل إباحته، إذ لا يعطيه ما يحرم عليه، وهو ﷺ يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات، فكيف يعطيهم إياها؟ فعلى هذا يكون نهيه ﷺ عن أكله نهى كراهة، لا نهى تحريم، وكذلك قول الإمام أحمد، فإنه لم يخرج عن قول النبى ﷺ وفعله، بل قصد اتباعه، وكذلك سائر من كرهه من الأئمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون فى المسألة قائل بالتحريم، إذا ثبت هذا فإنه يكره للحر أكل أجرة الحجام، ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لما ذكرنا من الأخبار، ولأن فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح، وفيما ذكرناه ـ إن شاء الله ـ جمع بين الأخبار وتوفيق بين الأدلة الدالة عليها، فعلى هذا يطعمه الرقيق والبهائم كما جاء فى الأخبار الصحيحة، والله أعلم.

---

(٣٢) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٠٦٤) والترمذى (٣/ ح١١٥٣) والنسائى (٦/ ح٣٣٢٩) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٥٠) والبيهقى فى السنن (٧/ ٤٦٤) وابن حبان (٦/ ح٤٢١٦/ إحسان) والبخارى فى التاريخ الكبير (٢/ ٣٧١) وذكره ابن حجر فى المطالب (٢/ ٧٩) والحديث بالجملة إسناده حسن.
مذمة الرضاع: أى حق الرضاع، أو حق ذات الرضاع.

(٣٣) أخرجه مسلم (٢/ عتق/ ١١٤٨/ ح٢٥) وأبو داود (٤/ ح٥١٣٧) والترمذى (٤/ ح١٩٠٦) بلفظ «فيشتريه فيعتقه» وابن ماجه (٢/ ح٣٦٥٩) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٣٠، ٢٦٣، ٣٧٦، ٤٤٥).

بعدها، وإن تلفت فى تعـديها[٣٤] ضمنها وأدى كـراءها الذى تكاراها به، وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعى.

وقـال الثورى وأبو حنيـفة: لا أجـر عليـه لما زاد، لأن المنافـع عندهما لا تضـمن فى الغصب، وحكى عن مالك: أنه إذا تجاوز بهـا إلى مسافة بعيدة يخير صابـحها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدى، لأنه متعد بإمـساكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه.

ولنا: أن العين باقية بحالهـا يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانـت المسافة قريبة، وما ذكره تحكم لا دليل عليه، ولا نظير له فلا يجـوز المصير إليه، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى الغصب.

فـــصل: فأما استـئجار الحجام لغير الحجـامة كالفصد وحلق الشعر وتقصـيره والختان وقطع شىء من الجسـد للحاجة إليه فـجائز ، لأن قول النبى ﷺ: «كسب الحـجام خبيث» يريد بالحجامة كما نهى عن مهر البغى، أى: فى البغاء، ولذلك لو كسب فى بضاعة أخرى لم يكن خبيثًا بغير خلاف، وهذا النهى يخالف القياس فيختص بالمحل الذى ورد فيه، ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها، ولا تحريم فيها فجازت الإجارة فيها كسائر المنافع المباحة.

فـصل: ويجوز أن يستأجر كحالاً ليكحل عينه ، لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه، ويقدر على ذلك بالمدة، لأن العمل غـير مضبوط ويحتاج إلى بيان عـدد ما يكحله فى كل يوم مرة، أو مرتين، فإن قدرها بالبرء، فقال القاضى: لا يجوز، لأنه غير معلوم، وقال ابن أبى موسى: لا بأس بمشارطة الطبـيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شـارطه على البرء، قال شيخنا: والصـحيح ـ إن شاء الله ـ جواز ذلك لكى يكون جعالة لا إجـارة، فإن الإجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم، والجـعالة تجوز على عمل مجهول، كرد اللقطة والآبق. وحديث أبى سعـيد فى الرقية إنما كـان جعالة فيجوز ههنا مـثله، إذا ثبت هذا فإنه الكحل إن كان من العليل جـاز، لأن آلات العمل تكون من المسـتأجر كاللـبن فى البناء والطين والآجر ونحوها، وإن شرطه على الكحـال جاز، وقال القاضى: يحتمل أن لا يـجوز، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط.

ولنا أن العادة جـارية به ويشق على العامل تحصيله، وقـد يعجز عنه بالكليـة فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والأقلام من الوراق، وما ذكره ينتقض بهذين الأصلين، وفارق لبن الحائط، لأن العادة تحصـيل المستأجر إياه، ولا يشق ذلك، بخلاف مسـألتنا، وقال أصحاب مالك: يجوز أن يسـتأجر من يبنى له جدارًا، والآجر من عنده، لأنه اشتـرى ما تتم به الصنعة التى عقد عليها، فإذا كان معروفًا جاز، كما لو استأجره ليصبغ به ثوبًا والصبغ من عنده.

---

(٣٤) فى بعض النسخ: تعدِّيه بها.

الفصل الثاني: في الضمان

ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدى لما حكينا عنهم، وقال القاضى: إن كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب: إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها، وقال أصحاب الشافعى: إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها، وإن كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى، لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان: **أحدهما**: يلزمه نصف قيمتها، لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها، **والثانى**: تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقى، ونحو هذا قول أبى حنيفة فإنه قال: من اكترى جملاً لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها، فأما إذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها، لأنها تلفت فى يد عادية فوجب

ولنا: أن عقد الإجارة عقد على المنفعة، فإذا شرط بيع العين صار كبيعتين فى بيعة، ويفارق الصبغ من حيث إن الحاجة داعية إليه، لأن تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب، وقد يكون الصبغ لا يحصل إلا فى جنب يحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج إليها فى صبغ هذا الثوب فجاز لمسيس الحاجة إليه، بخلاف مسألتنا.

فصل: فإن استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الأجر، وبه قال الجماعة، وحكى عن مالك: أنه لا يستحق أجرًا حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الأجر، وإن لم يحصل الغرض، كما لو استأجره لبناء حائط يومًا أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه، فإن برأت عينه فى أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة، لتعذر العمل، فهو كما لو حجز عنه أمر غالب، وكذلك لو مات، فإن امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الأجر بمضى المدة، كما لو استأجره يومًا للبناء فلم يستعمله فيه، فأما إن شارطه على البرء فهى جعالة لا يستحق شيئًا حتى يوجد البرء سواء وجد قريبًا أو بعيدًا، فإن برئ بغير كحله، أو تعذر الكحل لموته، أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله، كما لو عمل العامل فى

ضمانها كالمغصوبة، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهـما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليـها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل، ولأن الراكب متعد بالزيادة، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضـمان على المتعـدى، كمن ألقى حجرًا فى سـفينة موقرة فـغرقها، فـأما إن تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر، فإن كان تلفهـا بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمـل والراكب، وإن تلفت بسبب آخر من افـتراس سبع، أو سـقوط فى هوة، ونحو ذلك فلا ضمـان فيها، لأنها لم تتلف فى يد عادية، ولا بسـبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغـير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحـتين، يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانًا فمات منهما، وفارق ما ذكرنا إذا جرح نفسه وجرحه غيره، لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما.

فصل: ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى، وقال محمد: يسقط كما لو تعدى فى الوديعة ثم ردها.

ولنا: أنها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ولم يوجد، وما ذكروه فى الوديعة لا نسلمه إلا أن يردها إلى مالكها أو يجدد له إذنًا.

٩٠٤- مسألة: قال: (**وكذلك إن اكترى لحمولة شىء فزاد عليه**).

وجملة ذلك: أن من اكترى لحمل شىء فزاد عليه، مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة فحكمه حكم من اكـترى إلى موضع فجاوزه إلى سواه فى وجوب الأجـر المسمى وأجر

الجعالة ثم فسخ العقـد، فإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير المـستأجر فلا شىء له، وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله، وإن فسخ الكحال فلا شىء له على ما يذكر فى باب الجعالة، إن شاء الله تعالى.

فصل: ويصح أن يستأجر طبيبًا لمدواته، والكلام فيه كالكلام فى الكحال سواء، لأنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب، لأنه إنما جـاز فى الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجرى العادة به، ولم يوجد ذلك المنى ههنا فيثبت الحكم فيه على وفق الأصل.

فصل: ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه، لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالختان، فإن أخطأ فقلع غير ما أمـر بقلعه ضمنه، لأنه من جنايته، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسـخت الإجارة، لأن قلعه لا يجوز، وإن لم يبـرأ لكن امتنع المسـتأجر من قلعه لم يجـبر عليـه، لأن إتلاف جزء الآدمى محـرم فى الأصل، وإنمـا أبيح إذا صار بقـاؤه ضررًا، وذلك مفوض إلى كل إنسـان فى نفسه إذا كان أهلاً لذلك، فـصاحب الضرس أعلم بمضـرته ونفعه وقدر ألمه.

المثل لما زاد ولزوم الضـمان إن تلفت، هذا قول الشافعي، وحـكى القاضى أن قول أبى بكر فى هذه المسألة وجـوب أجر المثل فى الجميع وأخذه من قـوله فيمن استأجر أرضًـا ليزرعها شعيـرًا فزرعها حنطة قال: عليـه أجر المثل للجمـيع، لأنه عدل عن المعقود عليـه إلى غيره فأشبه ما لو استـأجر أرضًا فزرع أخرى، فجمع القاضى رحمه الله بين مـسألة الخرقى ومسألة أبى بكر، وقال: ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى لتساويهما فى أن الزيادة لا تتميز فيكون فى المسألتين وجهان، وليس الأمر كذلك، فإن بين المسألتين فرقًا ظاهرًا، فإن الذى حصل التعدى فيـه فى الحمل متميز عن المعقود عليـه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولأنه فى مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد، وفى الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه، ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقـود عليه، ولا يصح هذا القول فى مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه، بل إلحاق هذه المـسألة بما إذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهـها بها أشد، ولأنه فى مسألة الحـمل متعد بالزيادة وحدها وفى مسـألة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب، فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضًا لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمـد فى رواية عبد الله فقـال: ينظر ما يدخل على الأرض من النقصـان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض، فجعل هذه المسألة كمسألتى الخرقى فى إيجاب المسمى، وأجر المثل للزائد، ووجهـه أنه لما عين الشعـير لم يتعين ولم يتعلـق العقد بعينه كمـا سبق ذكره، ولهذا قلنا: له زرع مـثله وما هو دونه فى الضرر، فإذا زرع حنطـة فقد استوفى حـقه وزيادة، أشبه مـا لو اكتراها إلى موضع فـجاوزه، وقال أبو بكر: له أجر المـثل، وعلله بأنه عدل عن

فـصل: قال ﷺ: (**وللمستأجر استيفاء المنفـعة بنفسه وبمثله، فإذا اكترى دارًا للسكنى فله أن يسكنها مثله**) لأنه لم يزد على استيفاء حقه، ولأنه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله فى الضرر أو دونه، كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل، والطعام، ويخزن فيـه الثياب وغيرها مما لا يضر بهـا ولا يسكنها من يضر بها كالقصارين والحدادين، ولا يجـعل فيها الدواب، لأنها تروث فيها وتفسـدها، ولا يجعل فيها السرجين، ولا رحى، ولا مـا يضر بها، ولا شيئًـا ثقيلاً فوق سقف، لأنه يثـقله، وقد يكسر خشبـه، فإن شرط ذلك جاز، وبه قال الشافـعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم فيه مـخالفًا، ولا يملك فعل مـا يضر بها، لأنه فوق المعـقود عليه فلم يكن له فعله، كـما لو اشترى شـيئًا لم يملك أخذ أكثر منه، فـإن جعل الدار مخزنًا للطعام، فقال أصـحابنا: يجوز ذلك، لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيره، ويحتمل أن لا يجوز، لأنه يفضى إلى تخريق الفأر أرضها وحيطانها، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار.

فـصل: وإن اكترى ظهرًا لـيركبه فله أن يركبه مـثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه، لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فكان له أن يستوفى ذلك بنفسه

المعقود عليه فـإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة، وإن قلنا: إنه قد استوفـى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليـست متميـزة عن المعقود عليه، بخـلاف مسألتى الخرقى، وقـال الشافعى: المكترى يخيـر بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقـصها الشعير وبين أخـذ كراء مثلها للجميع، لأن هذه المسألة أخذت شبهًا من أصلين.

أحدهما: إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة، لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة، **والثانى:** إذا استأجر أرضًا فزرع غيرها، لأنه زرع متعديًا، فلهذا خيره بينهما، ولأنه وجد سببًا يقتضى كل واحـد من الحكمين وتعذر الجمع بينهـما فكان له أوفرهما، وفوض اخـتياره إلى المستـحق كقتل العـمد، ومن نصر أبا بكر قال: هذا مـتعد بالزرع كله فكان عليه أجـر المثل كالغاصب، ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فإنه غير متعد بالجميع، إنما تعدى بالزيادة وحدها، ولهذا لا يملك المكرى منعه من الجـميع، ونظير هاتين المسألتـين من اكترى غرفـة ليجعل فيهـا أقفزة حنطة فترك فيها أكثر منها، ومن اكتراها ليـجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد، ففى الأولى له المسمى وأجر الزيادة، وفى الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا فى مسألة الزرع، وحكم المستـأجر الذى يزرع أضر مما اكتـرى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه فى الابتداء، لما يلحقه من الضرر، فإن زرع فرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفقة، وإن لم يعلم حتى أخذ المستـأجر زرعه فله الأجرة لا غير على ما ذكرنا فى باب الغصب.

ونائبه، وله استيفـاء أقل منه، لأنه بعض حقه، وليس له استيفاء أكثر منه، لأنه أكـثر مما عقد عليه، ولا يشترط التساوى فى الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضى: يشترط أن يكون مثله فى هذه الأوصاف كلها، لأن قلة المعرفـة بالركوب يثقل على المركوب ويضر به، قال الشاعر:

لَمْ يَرْكَبُـوا الخَيْلَ إلاَّ بَعْدَمَا كَـبِرُوا فَهُمْ ثِقَـالٌ عَلَى أَكْفَـالِهَا عُنُفُ (29)

ولنا: أن التـفاوت فى هذه الأمور مع التـساوى فى الثـقل يسيـر، فعفى عـنه، ولهذا لا يشترط فى الإجارة، ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته فى الإجارة كالثقل والخفة.

فـصل: فإن شرط أن لا يستوفى المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا: صحة العقـد وبطلان الشرط، فـإنهم قالوا فيـمن شرط أن يزرع فى الأرض حنطة ولا يزرع غـيرها: يبطل الشرط، ويصح العـقد، ويحتمل أن يصح الشرط، وهو أحـد الوجهين للشافـعية، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المـؤجر فلا يملك ما لم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض فى تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا فى الوجه الآخر: يبطل الشرط، لأنه ينافى موجب

---

(29) فى المغنى: أعجازها عنف.

فـــصـل: وإن اكترى دابة إلى مسـافة فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع يـخرج فيها وجهـان، قياس المنصوص عن أحمد: أن له الأجر المـسمى وزيادة، لكون المسافة لا تتعين على قول أصحـابنا، وقياس قول أبى بكر: أن له أجـر المثل، لأن الزيادة غير متـميزة، ولأنه متـعد بالجـميع، بدليل أن لرب الدابة منعـه من سلوك تلك الطريق كلها، بـخلاف من سلك الطريق وجاوز، فإنه إنما يمنعه الزيادة لا غيـر، وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديدًا أو لحمل حديـد فحمل قطنًا فالصـحيح أن عليه أجر المـثل هـهنا، لأن ضرر أحدهمـا مخالف لضرر الأرض فلم يتحـقق كون المحمـول مشتملاً على المـستحق بعقـد الإجارة وزيادة عليه بخلاف مـا قبلها من المـسائل، وسائر مـسائل العـدوان فى الإجارة يقاس على مـا ذكرنا من المسائل ما كان متميزًا، وما لم يكن متميزًا فتلحق كل مسألة بنظيرتها، والله أعلم.

فـصل: إذا أكراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمـه حكم من اكترى لحمولة شىء فزاد عليـه، وإن كان المكترى تولى كيله وتعبئته ولم يعلم المكتـرى فهو غاصب لا أجر له فى حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها، لأنها تلفت بعدوان صاحبها، وحكمه فى ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبـى ولم يعلم المكرى والمكترى فهو متـعد عليهمـا يلزمه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به الضـمان ويلزمه لصاحب الطعام ضـمان طعامه، وسواء كـاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهـر الدابة، أو كان الذى كاله وعباه وضعه على ظهـرها، وقال أصحاب

العقد إذ مـوجبه ملك المنفعة والتـسليط على استيفائهـا بنفسه ونائبه واستـيفاء بعضهـا بنفسه وبعضهـا بنائبه، والشرط ينافى ذلك فكان باطلاً، ولا يبطل به العقـد فى أصح الوجهين، لأنه لا يؤثر فى حق المؤجـر نفعًا ولا ضـرًا فألغى وبطل العقد علـى مقتضـاه والآخر يبطله، لأنه ينافى مقتضاه أشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع.

48- مـسألة: (وله استيفاء المنفعة وما دونها فى الضرر من جنسها).

قال أحمـد: إذا استأجر دابة ليحمل عليـها تمرًا فحمل عليـها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحدًا، وإن كانت الـمنفعة التى يستوفيهـا أكثر ضررًا أو مخالفـة للمعقود عليها فى الضرر لم يجز، لأنه يستوفى أكثر من حقه أو غير ما يستحقه.

49- مـــسألة: (فإذا استـأجر أرضًا لزرع الحنطة فله زرع الشعـير ونحوه، وليس له زرع الدخن ونحوه، ولا يملك الغرس ولا البناء، ولو اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر).

وجـــملة ذلك أن إجارة الأرض صحيحـة، وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الأرض، لأن المنفعـة تختلف باختلافـها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونهـا لا تنضبط بالصفـة، ولا يصح حتى يذكر ما يكترى لـه من زرع أو غرس أو بناء، لأن الأرض تصلح لذلك كله وتأثيره فى الأرض يختلف فوجب بيانه، فإن قال: أجرتكها لتزرعها أو تغرسها، لم يصح، لأنه لم يعين أحدهما

الشافعي فى أحد الوجهين: إذا كاله المكترى ووضعه المكرى على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى، لأن المكرى مفرط فى حمله.

ولنا: أن التدليس ليس من المكترى إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان، كما لو أمر أجنبيًا بتحميلها، فأما إن كالها المكترى ورفعها المكرى على الدابة عالمًا بكيلها لم يضمن المكترى دابته إذا تلفت، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: لا أجر له لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجرًا، **والثاني**: له أجر الزائد، لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخوله الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالمًا بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففى وجوب الأجر وجهان كما لو حمله المكرى عليها، لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبى بأمره فهو كما لو حمله الذى كاله، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر، وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله.

٩٠٥- **مسألة:** قال: **(ولا يجوز أن يكترى مدة غزاته)**.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم: الأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك: قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقيًا.

ولنا: أن هذه إجارة فى مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز، كما لو أكراها لمدة سفره فى تجارته، ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به، والعمل فيها يقل ويكثر،

لأنه أشبه ما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، فإن قال: لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت، صح، وهذا منصوص الشافعى، وخالفه أكثر أصحابه فقالوا: لا يجوز لأنه لا يدرى كم يزرع ويغرس، وقال بعضهم: يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها.

ولنا: أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح، كما لو قال: لتزرعها ما شئت، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله: لتزرعها ما شئت إذن فى نوعين وأنواع، وقد صح فكذلك فى الجنسين، وله أن يغرسها كلها وأن يزرعها كلها، كما لو أذن له فى أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعًا واحدًا وزرعها جميعها من نوعين وكذلك ههنا.

فصل: فإن أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل: إحداهن: أكراها للزرع مطلقًا أو قال: لتزرع ما شئت، فيصح وله زرع ما شاء، وهذا مذهب الشافعى، وحكى عن ابن سريج: أنه لا يصح حتى يبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء.

ولنا: أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضررًا ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه، فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه، ويخالف الأجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها فى

ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بهـا كغيرها من الأسفار المجهولة، فإن فعل ذلك فله أجر المـثل، لأنه عقـد على عوض لم يسلم له لفـساد العـقد فوجب أجـر المثل كـسائر الإجارات الفاسدة.

٩٠٦- **مسألة:** قال: **(فإن سمى لكل يوم شيئًا معلومًا فجائز).**

وجملـته: أن من اكترى فرسًا مدة غزوه كل يوم بدرهم، فالمنصوص عن أحمد صحته، وقال الشافعي: هذا فاسد: لأن مدة الإجازة مجهولة.

ولنا: أن عليّا رضي الله عنه أجر نفسه كـل دلو بتمرة، وكذلك الأنصاري(٣٥)، ولم ينكـره النبي ﷺ، ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كمـا لو قال: أجرتكها شهرًا كل يوم بدرهم، أو قال: استـأجرتك لنقل هذه الصبـرة كل قفيز بدرهم، ولا بد من تعـيين ما يستـأجر له إما لركوب أن حمل معلوم، ويسـتحق الأجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقـيمة أو سائرة، لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبه ما لو اكترى دارًا فأغلقها ولم يسكنها، وإن أجر نفسه لسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجـر معلوم جاز للأثر الوارد فيه، ولأن كل عـمل معلوم له عوض معلوم فجاز كمـا لو سمى دلاء معروفة، ولا بد من معرفة الدلو والبئـر وما يستسقى به، لأن العمل يختلف به.

فـصـل: ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استـأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة

بعض، **فإن قيل:** فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، **قلـنا:** لأن إجارة المركوب لأكثر الركاب ضررًا لا تجوز بخلاف المزروع، ولأن للحـيوان حرمة في نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فيـه بخلاف الأرض، **فإن قـيل:** فلو استأجر دارًا للسكنى مطـلقًا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم: إنه يزرعها ما يضر بها؟ **قلـنا:** السكنى لا تقتضي ضررًا فلذلك منع من إسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر، فإذ أطلق كان راضيًـا بأكثره فلـهذا جاز، وليس له أن يغـرس في هذه الأرض ولا يبني لأن ضرره أكـثر من المعقود عليه، **المسألة الثانية:** أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه، فإن له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه، ولا يتـعين ما عينه في قول عامـة أهل العلم إلا أهل الظاهر فإنهم قالوا: لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه، كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن.

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح، ولهذا يستقر عليه الأجر بمضي المدة إذا تسلم الأرض ولم يزرعها، وإنمـا ذكر القمح لتقدر به المنفـعة فلم يتعين كما لو اسـتأجر دارًا ليسكنها فله أن يسكنها غيره، وفارق المركوب والدراهم في الثمـن فإنه معقود عليهما فتعينا،

---

(٣٥) تقدم تخريجه برقم (١٢، ١٣).

من مكة إلى جـدة بكذا، فإن ذهب إلى عـرفات بكذا فلا بـأس، ونقل عبد الله عنـه لو قال: أكريتكها بعشرة، فما حبسـها فعليه كل يوم عشرة، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عـمل معلوم أجرًا مـعلومًا صح، ويتأول القـاضى هذا كله على أنه يصح فى الأول ويفسد فى الثانى، لأن مدته غـير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قـال: استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة وهـى عشرة أقفزة بدرهم ومـا زاد فبحساب ذلك، والـظاهر خلاف هذا، فإن قوله: فهو جـائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله، وكذلك قـوله: لا بأس، ولأن لكل عمل عوضًا معلومًا فصح، كمـا لو استقى له كل دلو بتمرة، وقد ثبت الأصل بالخبـر الوارد فيه، ومسألة الصبرة لا نص فيها عن الإمام، وقياس نصوصـه صحة الإجارة وإن سلم فسادها فلأن القفزان التى شرط حملها غير مـعلومة بتعيين ولا صفة وهى مختلفة فلم يصح العـقد لجالتها بخلاف الأيام فإنها معلومة.

فـصل: وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم فعن أحمد فـيه روايتان: **إحداهـما:** لا يصح وله أجر المثل، نقلهـا أبو الحارث عن أحمد، وهذا مذهب مالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبـى ثور، لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخـير فلم يصح كما لو قال: بعتك نقدًا بدرهم أو بدرهمـين نسيئة، **والثـانيـة:** يصح، وهو قول الحارث العكلى وأبى يوسف ومـحمد، لأنه سمى لكل عمل عوضًـا معلومًا فصح كما لو قال: كل دلو بتمرة.

وقال أبو حنيفة: إن خاطـه اليوم فله درهم، وإن خاطه غدًا لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم، لأن المؤجر قد جعل له نصف درهـم فلا ينقص منه وهو قد رضى فى أكثر

والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضًا ولـم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميـزان فى المكيل والموزون، فعلـى هذا يجوز له زرع القمح والشـعير والبـاقلا، لأنه أقل ضررًا، وليس له زرع الدخن والذرة والقطن، لأنه إما أن يـكون أكثر ضررًا فيأخـذ فوق حقه، أو يكون ضرره مخالفًا لضرر القمح فيأخـذ ما لم يتناوله العقد ولا شيئًا من جنسه، **المسـألة الثـالثـة:** قال: ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه، فـهذه كالتى قبلها إلا أنه لا مخالف فيها، لأنه شرط ما اقـتضاه الإطلاق وبين ذلك بصريح نصه فزال الإشكال، **المسـألة الرابعة:** قال: ازرعهـا حنطة ولا تزرع غيرها، فذكر القـاضى أن الشرط باطل لمنافاته مقتـضى العقد، لأنه يقتضى اسـتيفاء المنفعـة كيف شاء فلم يصح الشرط، كمـا لو شرط عليه استيفـاء المبيع بنفسه، والعقد صحيح، لأنه لا ضرر فيـه ولا غرض لأحد المتعاقدين، لأن ما ضرره مثله لا يختلف فى غرض المؤجر فلم يؤثر فى العقد فأشبه شـرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه، وقد ذكرنا فيما إذا اشترط مكترى الدار أن لا يسكنها غيـره وجهًا فى صحة الشرط ووجهًا فى فساد العقد فيخرج ههنا مثله.

العـملين بدرهم فلا يزاد عنه، وهـذا لا يصح، لأنه إن صح العقـد فله المسـمى، وإن فسـد فوجوده كالعدم، ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة.

فـصل: **وإن قال: إن خطته روميًا فلك درهم، وإن خطـته فارسيًا فلك نصف درهم** ففيها وجهان بناء على التى قبلها، والخلاف فيها كالتى قبلها، لأن أبا حنيفة وافق صاحبه فى الصحة هـهنا.

ولنا: أنه عقد معاوضـة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصـح كما لو قال: بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين: **أحدهما**: أن العمل الثانى ينضم إلى العمل الأول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهـهنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضًا، إن وجدت على صفة، وعوضًا آخر إن وجدت على أخرى فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة، **والثانى**: أنه وقف الإجارة على شرط بقوله: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله: كل دلو بتمرة.

فـصل: ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجـر من حمال إلى مصر بأربعين دينارًا فإن نزل دمشق فـكراؤه ثلاثون فإن نزل الرقـة فكراؤه عشـرون، فقـال: إذا اكترى إلـى الرقة بعـشرين واكترى إلى دمشق بعـشرة واكترى إلى مصر بعشرة، جـاز ولم يكن للحمال أن يرجع، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحـة العقد الأول، لأنه فى مـعنى بيعتـين فى بيعة لكونه خـيره بين ثلاثة عقود، ويخرج فيه أن يصح بناء على المـسألتين قبل هذا، ونقل البرزاطى(*) عن أحمـد فى رجل استأجـر رجلاً يحمل له كتـابًا الى الكوفة وقال: إن وصلت الكتاب يـوم كذا وكذا فلك عشرون وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة، فالإجارة فاسدة وله أجر مثله، وهذا مثل الذى قبله، ونقل عبـد الله فيمن اكترى دابة وقـال: إن رددتها غدًا فكراؤها عشـرة وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس، وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة، والظاهر عن أحمد فى رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين فى بيعة، والله أعلم.

فـصل: **فإن أكراها للغراس ففيه مـا ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها**، لأن ضـرر الزرع أقل من ضـرر الغراس وهو من جنسـه، لأن كل واحد مـنهمـا يضر ببـاطن الأرض وليس له البناء، لأن ضـرره مخـالف لضـرره فإنه يـضر بظاهر الأرض، وإن اكـتـراها للزرع لم يملك الغراس ولا البناء، لأن ضرر الغـرس أكثر وضرر البناء مخالف لضـرره، وإن اكتراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع، لأن ضررهما يخالف ضرره.

فـصل: **ولا تخلو الأرض من قسمين: أحدهما**: أن يكون لها ماء دائم، إما من نهر لم

(*) البرزاطى: هذه النسبة إلى برزاط، وظنى بها من قرى بغداد، والمشهـور بهذه النسبة أبو عبد الله محمد ابن أحمد البرزاطى من أهل بغداد، انظر: (الأنساب/ ١/ ٣١٨).

فصل: فى مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل

إحداها: قال: استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة إلى مصر بعشرة فالإجارة صحيحة بغير خلاف نعلمه، لأن الصبرة معلومـة بالمشاهدة التى يجوز بيعها بها فجاز الاستئـجار عليها كما لو علم كـيلها، **الثانـية:** قال: استأجرتك لتحملها لى كـل قفيز بدرهم فيصح أيضًا، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيـفة: يصح فى قفيز ويبطل فيمـا زاد، ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها وقد ذكرناه، **الثالـثة:** قال: لتحملها لى قفيزًا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز، كما لو قال: كل قفيز بدرهم، وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جمـيعها كقوله: لتحمل منها قفيزًا بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال: وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله، إذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت إليه، **الرابعة:** قال: لتحمل منها قفيزًا بدرهم وما زاد فـبحساب ذلك، يريد مهما حملت من باقيـها فلا يصح، ذكره القاضى، وهو مذهب الشافعى لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح، لأنه فى معنى كل دلو بتمرة، **الخامسة:** قال: لتنقل لى منها كل قفيز بدرهم فهى كالرابعة سواء، **السادسة:** قال: لتحمل منهـا قفيزًا بدرهم على أن تحمل الباقى بحـساب ذلك فلا يصح، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة، ويحتـمل أن يصح، لأن معناه لتحمل لى كل قفيز بدرهم، **السابـعة:** قـال: لتحمل لى هذه الصبـرة كل قفيز بدرهم وتنقل لى صبرة أخرى فى البـيت بحساب ذلك، فإن كانا يعلمان الصبرة التى فى البيت بالمشاهدة صح فيهما، لأنهما كالصبرة الواحدة، وإن جهلها

تجر العادة بانقطاعه، أو لا ينقطع إلا مدة لا تؤثر فى الزرع، أو من عين تنبع أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيهـا الماء ثم تسقى به، أو من بئر يقوم بكفايتهـا، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض وقرب المـاء الذى تحت الأرض، فهـذا كله دائم ويصح استـئجاره لـلغرض والزرع، وكذلك الأرض التى تشرب من مياه الأمطار ويكتفـى بالمعتاد منها، لأن ذلك بحكم العادة لا تنقطع إلا نادرًا فهى كسائر الصور المذكورة، **والثـانى:** أن لا يكون لها ماء دائم وهى نوعان: **أحدهما:** ما يشرب من زيادة معتادة تأتى وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفـرات وأشبـاهه، وأرض البصرة الشـاربة من المد والجـزر، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بـردى أو ما يشرب من الأودية الجـارية من ماء المطر فـتصح إجارتهـا قبل وجود الماء الذى تسقى به وبعده، وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبًا للشافعى، وقال أصحابه: إن أكراها بعد الزيادة صح، ولا تصح قبلها، لأنها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أو لا.

ولنا: أن هذا معـتاد الظاهر وجوده فجازت إجـارة الأرض الشاربة منه كالشـاربة من مياه الأمطار، ولأن ظن القدرة على التسليم فى وقته يكفى فى صحة العقد كالسلم فى الفاكهة إلى أوانهـا **النوع الثـانى:** أن يكون مجىء الماء نادرًا أو غير ظـاهر، كالأرض التى لا يكفيها إلا

أحدهمـا صح فى الأولى وبطل فى الثانية، لأنهـما عقـدان أحدهما على مـعلوم والثانى على مجهول فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول، كـما لو قال: بعتك عبدى هذا بعشرة وعبدى الذى فى البيت بعشرة، **الثامنة**: قال: لتحمل لى هذه الصبرة والتى فى البيت بعشرة، فإن كانا يعلمان التى فى البيت صح فيهما، وإن جهلاها بطل فيهما، لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجـهول بخلاف التى قبلها، فإن كـانا يعلمان التى فى البيت لكنها مغـصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقـد فيها، وفى صحته وفى صحة الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما إن كانت قفـزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صـحته، لأن قـسط الأجر فيـها معلوم، وإن لم يكن كـذلك فالأولى بطلانه لجـهالة العوض فيها، **التاسـعة**: قال: لتحمل لى هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة بدرهم فإن زادت على ذلك فـالزائد بحسـاب ذلك، صح فى العـشرة، لأنهـا معلومـة ولم يصح فى الزيادة، لأنهـا مشكوك فيها، ولا يجوز العقد على ما يشك فيه، **العاشرة**: قال: لتحمل لى هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فـإن قدم لى طعام فحملته فـبحساب ذلك صح أيضًا فى الصبـرة وفسد فى الزيادة لما ذكرناه.

المطر الشديد الكثـير الذى يندر وجوده، أو يكون شـربها من قبض مـاء وجوده نادر، أو من زيادة نادرة فى نهر، أو عين غالبـة، فهذه إن أجرها بعد وجود ما يسـقيها به صح، لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إجارتـها كذات الماء الدائم، وإن أجرها قبله لم يصح، لأنه يتعذر الزرع غالبًا، أو يتـعذر المعقود عليـه فى الظاهر فلم تصح إجارتها كالآبق والمـغصوب، وإن اكتراها على أنها لا ماء لها جاز، لأنه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء، وإن حـصل له ماء قبل زرعها فله زرعها، لأن ذلك من منافعها المـمكن استيفاؤها، وليس له أن يبنى ولا يغرس، لأن ذلك يـراد للتأبيد، وتقدير الإجارة بمدة يقتضى تفريغها عند انقضائها، **فإن قـيل**: فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ **قلنا**: التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره فى التفريغ عند انقضاء المـدة إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضـاء المدة فيصرف الغـراس والبناء عما يراد له بظاهره بخـلاف مسألتنا، وإن أطلق إجـارة هذه الأرض مع العلم بحالهـا وعدم مـائها صح، لأنهما دخلا فى العقـد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شـرطاه، وإن لم يعلم عدم مائها، أو ظن المكترى أنه يمكن تحصيل ماء لها بـوجه من الوجوه لم يصح العقد، لأنه ربما دخل فى العقد بنـاء على أن المالك يحصل لها مـاء وأنه يكتريها للزراعة مع تعـذرها، وقيل: لا يصح العـقد على الإطـلاق وإن علم حالهـا، لأن إطلاق كـراء الأرض يقتـضى الزراعـة، والأولى صحته، لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غـير دائم، أو الظـاهر انقطاعه قـبل الزرع، أو لا يكفى الزرع، فهى كـالتى لا ماء لـها، ومذهب الشافعى فى هذا كله كما ذكرنا.

٩٠٧- **مــســألة:** قــال: (ومن اكتـرى إلى مكة فلم ير الجمَّـال الراكبين والمـحامل والأغطية والأوطئة لم يجز الكراء).

أجمع أهل العلم على إجازة الإبل إلى مكة وغيرها(٣٦)، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ (النحل: ٨) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة، وروى عن ابن عباس فى قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٨) أن تحج وتكرى، ونحوه عن ابن عمر، ولأن بالناس حاجة إلى السفـر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق(٣٧)، وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على مـعاناتها والقيـام بها والشد عليـها فدعت الحـاجة إلى استئـجارها فجاز دفـعًا للحاجة، إذا ثبت هذا: فـمن شرط صحة العقـد معرفة المتعـاقدين ما عقدا عليـه، لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التى يركبون فيها من محمل أو محارة(*) وغيرها وإن كانت مقنبًا(٣٨) ذكره،

فصل: وإن اكترى أرضًا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها، وقد ينحسر ولا ينحسر، **فـالعقد باطل**، لأن الانتفاع بها فى الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبًا، وإن كان ينحسر عنهـا وقت الحاجة إلى الزراعة كـأرض مصر فى وقت مد النيل صح، لأن المـقصود يتحقق بحكم العادة المستـمر، فإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقـها والعادة غرقها لم تجز إجارتها، لأنها فى حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة.

فــصل: ومتى زرع فغـرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره **فـلا ضمان على المؤجر ولا خـيار للمكترى**، نص عليه أحمد، ولا نعلم فيـه خلافًا، وهو مذهب الشافعى، لأن التالف غيـر المعقود عليه، وإنمـا تلف مال المكترى فيه فـأشبه من اكترى دكانًا فـاحترق متـاعه فيـه، ثم إن أمكن للمكترى الانتـفاع بالأرض بغيـر الزرع أو بالزرع فى بقيـة المدة فله ذلك، وإن تعذر ذلك لزمه الأجـر، لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غيـر مضمون على المؤجر لا لمـعنى فى العين، وإن تعذر الزرع بسبب غـرق الأرض وانقطاع مائها فللمسـتأجر الخيـار، لأنه لمعنى فى العـين، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المـؤجر ضمـانه، لأنه لم يتلف بمباشرة ولا سبب، وإن قل الماء بحيث لا يكفى الزرع فله الفسخ، لأنه عيب، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضًا ويبقى الزرع فى الأرض إلى أن يستحصد، وعليه من المسمى

---

(٣٦) انظر الإجماع فى كتاب «الإجارات».

(٣٧) إشـارة إلى قوله تعـالى: ﴿وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾ (الحج: ٢٧).

(*) **المحارة:** هو ما يشبه الهودج.

(٣٨) مقنبًا: شبه مخلاة يجعل فيها الصائد ما يصيد.

وهل يكون مغطى أو مكشوفًا؟ فـإن كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء، ويحـتاج إلى معرفة الوطاء الذى يوطأ به المحـمل والمعاليق التى معه من قـربة وسطيحة وسفـرة ونحوها، وذكر سائر ما يحـمل معه، وبهذا قـال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر، إلا أن الشافـعى قال: يجوز إطلاق غطاء المحمل، لأنه لا يختلف اختلافًا مـتباينًا، وحكى عنه فى المعاليق قول إنه يجوز إطلاقها، وتحمل على العرف، وحكى عن مالك أنه يجوز إطلاق الراكبين، لأن أجسام الناس متقـاربة فى الغالب، وقال أبو حنيفة: إذا قـال فى المحمل رجلان وما يصلحـهما من الوطاء والدثر جاز استحسانًا، لأن ذلك يتقارب فى العادة فحمل على العادة كالمعاليق، وقال القاضى فى غطاء المحمل كقول الشافعى.

ولنا: أن هذا يختلف ويتباين كثيرًا فاشترطت مـعرفته كالطعام الذى يحمل معه، وقولهم: إن أجسـام الناس متقـاربة لا يصح، فإن منهم الكبـير والصغـير والطويل والقـصير والسـمين والهزيل والذكـر والأنثى، ويختلفون بـذلك ويتباينون كـثيرًا، ويتـفاوتون أيضًا فى المـعاليق، فمنهم من يكثـر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليـسير، ولا عـرف له يرجع إليه فاشـترطت معرفته كـالمحمل والأوطئة، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يخـتار الواسع الثقيل الذى يشتد على الحمل فى الهواء، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا.

بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقى من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء، وكذلك إن انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به.

50- مـسـألـة: (وإن اكترى دابة للركوب أو الحمل لم يـملك الآخر، وإن اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك الآخر).

إذا اكترى دابة لـلركوب لم يملك الحمل عليهـا، لأن الراكب يعين الظهر بحـركته، وإن اكتراها ليحمل عليـها فليس له ركوبها، لأن الراكب يقعد فى موضع واحد فـيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيها، وإن اكتراها ليركبها عريًا لم يجز أن يركب بسرج، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقـد عليه، وإن اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبهـا عريًا لأن الركوب بغير سرج يحمى به الظهـر فربما عـقرها، وإن اكتراهـا ليركب بسرج لم يجـز أن يركب بأثقل منه، فإن اكترى حمارًا بـسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إن كان أثقل من سـرجه، وإن اكترى دابة بسرج فـركبـها بأثقل منه أو أضـر منه لم يجـز، وإن كان أخف أو أقل ضـررًا فلا بأس، وإن اكترى دابة ليحـمل عليها حديدًا لم يحمل عليـها قطنًا، لأنه يتجافى وتهب فيه الريـح فيتعب الظهر، وإن اكتراها لحمل القطن فليس له حمل الحديد، لأنـه يجتمع فى موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامنًا وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعى وأبى ثور.

فـصـل: وإن اكترى دابة ليركبها فى مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول

وأما المستأجـر فيحتاج إلى معرفة الدابة التى يركب عليـها، لأن الغرض يختلف بذلك، وتحصل بأحد أمرين: إما بالرؤية فيكتفى بـها، لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المـسمى فيه كالرهوال(*) وغيره، فأما أن يجـربه فيعلم ذلك برؤيته، وإما أن يصفه، وإما أن يصـفه، وإما بالصفة فإذا وجـدت اكتفى بها، لأنه يمكن ضبطه بالصـفة فجاز العقد عليه كالبيع، وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فيقول: إبل أو خيل أو بغال أو حـمير، والنوع فيـقول: بختى أو عربـى، وفى الخيل عربى أو برذون، وفى الحمـير مصرى أو شـامى، وإن كان فى النوع ما يختلف كـالمهملج(٣٩)، من الخيـل والقطوف(٤٠) احتـيج إلى ذكـره، وذكر القـاضى أنه يحتـاج إلى معـرفة الذكـورية والأنوثية، وهو مـذهب الشافعى، لأن الغرض يختلف بذلك، فإن الأنثى أسـهل والذكر أقوى، ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك، لأن التفاوت فيه يسير، ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع، لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة إنما هو الجمال العراب دون البخاتى.

بها إلى ناحـية أخـرى مثلها فى القـدر وهى أضر منهـا أو يخالف ضررها ضـررها بأن تكون إحداهما أخوف والأخـرى أخشن لم يجز، وإن كانت مثلها فى السـهولة والحزونة والأمن أو التى يعدل إليها أقل ضرراً، فذكر القاضى أنه يجوز، وهو قول أصحاب الشافعى، لأن المسافة عينت ليستوفى بها المنفعة ويعلم قدرها بهـا فلم تتعين كنوع المحمول والراكب، قال شيخنا: ويقوى عندى أنه متى كان للمكترى غرض فى تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها، مثل من يكرى جماله إلى مكـة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بهـا إلى غيرها، ولو أكراها إلى بغداد، لكون أهله بها أو ببلد العراق فليس له الذهاب إلى مـصر، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجز التفـريق بينها بالسفر ببـعضها إلى جهـة وبباقيها إلى غـيرها، وذلك لأنه عين المسافة لغـرض فى فواته ضرر فلم يجز تفويته كما فـى حق المكترى، فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذى اكترى إليه لم يجز، وكما لو عـين طريقًا سهلاً أو آمنًا فأراد سلوك ما يخالفه فى ذلك.

فـصل: إذا اكترى قميصًا ليلبسه جـاز، لأن الانتفاع به ممكن مع بقاء عينه، ويجوز بيعه أشبه العقـار، ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة، فإن كـانت العادة فى بلده نزع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعه، لأن الإطلاق يحمل على العادة، وله لبسه فيما سوى ذلك، ولا يلزمه نزعه إذا نام نهارًا، لأنه العرف، ويلبس القميص على ما جرت العادات به لا أن يتزر بْه، لأنه يعتمد عليه فيشقه، وفى اللبس لا يعتمد، ويجوز الارتداء به، لأنه أخف من اللبس، ومن ملك شيئًا

(*) الرهوال: بالكردية: البرذون إذا كان لين الظهر فى السير، الألفاظ الفارسية المعربة. انظر اللسان

(٣٩) المهملج: ما زلل وسلس قياده من الدواب. (٤٠) القطوف: التى تسىء السير وتبطىء.

فـصل: وإذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيـه إلى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقـدير السير فيه، لأن ذلك ليس إليـهما ولا مقدور عليه لهـما، وإن كان فى طريق السير فيـه إليهما استحب ذكـر قدر السير فى كل يوم، فإن أطلق وللطريق منازل مـعروفة جاز العقد عليه مطلقًـا، لأنه معلوم بالعرف، ومتى اختلفا فى ذلك وفى ميقـات السير ليلاً أو نهاراً أو فى موضع المنزل، إما فى داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف، كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف، وإن لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضى: لا يصح، كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عرف فيه، والأولى أن هذا ليس بشرط، لأنه لو كان شرطًا لما صح العقد بدونه فى الطريق المـخوف، ولأنه لم تجر العادة بتقدير السيـر فى طريق، ومتى اختلفا رجع إلى العرف فى غير تلك الطريق.

فـــصل: **وإن اشترط حمل زاد مـقدر كمائة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبـدل منها ما نقص بالأكل أو غيره فله ذلك،** وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يبدله لم يكن له إبداله، فإن ذهب بغير الأكل كـسرقة أو سقوط فله إبداله، لأن ذلك لم يدخل فى شـرطه، وإن أطلق العقد فله إبدال ما ذهب بسرقة أو سقــوط أو أكل غير معتاد بغير خـلاف، وإن نقص بالأكل المعتاد فله إبداله أيضًا، لأنه استحق حمل مقدار مـعلوم فملك إبدال ما نقص منه، كما لو نقص بسرقة، ويحتـمل أنه لا يملك إبداله، لأن العـرف جار بأن الزاد ينقص فـلا يبدل فـحمل العقـد عند الإطلاق على العرف وصار كالمصرح به، وقال الشافعى: القياس أن له إبداله، ولو قيل: ليس له إبداله، كان مذهبًا، لأن العادة أن الزاد لا يبقى جـميع المسافة، ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع.

فـــصل: **وإذا اكتـرى جملاً ليحج عليـه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عـرفة**

ملك ما هو أخف منه، وقيل: لا يجوز، لأنه استعـمال له بما لا تجرى العادة به فى القميص أشبه الاتزار به، والله أعلم.

51- **مـسألة:** (وإن فعل ما ليس له فعله فـعليه أجر المثل) لأنه استوفى منفـعة غير التى عقد عليها لا يجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب.

52- **مـــسألة:** (وإن اكتـراها لحمولة شىء فزاده أو إلى مـوضع فجاوزه فعليـه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد، وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع).

وجـملة ذلك أن من اكترى دابة لحمولة شىء فزاد عليه كمن اكترى لحمل قفيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه، مـثل أن يكتريها من دمشق إلى القدس فيركبـها إلى مصر وجب عليه الأجر المـسمى وأجر المثل لمـا زاد وضمانها إن تلفت، وهذا مـذهب الشافعى، ونص عليه أحمد فيـما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه، وإليـه ذهب ابن شبرمة والحكم، والظاهر من قول الفقـهاء السبعة، وقـال الثورى وأبو حنيفة: لا أجر عليـه لما زاد، لأن منافع الغصب

والخـروج عليـه إلى منى، لأنه من تمام الحج، وقيل: ليـس له الركوب إلى منى، لأنه بعد التحلل من الحج، والأولى أن له ذلك، لأنه من تمـام الحج وتوابعه، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فـدخل فى قول الله تعالى: ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ (آل عمـران: ٩٧) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج، لأنها زيادة، ويحتمل أن له ذلك، لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الـكراء للحج، لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالبًا فكان بمنزلة المكترى للحج.

فصل: فيما يلزم المكرى والمكترى للركوب: يلزم المكرى كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحـداجة للجمل والقتب والزمام الذى يقاد به البـعير والبرة التى فى أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها، وإن كـان فرسًا فاللجام والسرج، وإن كان بغلاً أو حمارًا فالبـرذعة والإكاف، لأن هذا هو العرف فحمل الإطلاق عليـه، وعلى المكترى ما يزيد على ذلك، كالمحمل والمحارة والحـبل الذى يشد به بين المحملين أو المحارتين، لأن ذلك من مصلحـة المحـمل والوطاء الذى يشد فـوق الحداجة تحت الحـمل، وعلى المكرى رفع المـحمل على الجـمل ورفع الأحمـال وشدها وحطهـا، لأن هذا هو العرف وبه يتـمكن من الركوب، ويلزمـه القائد والسـائق، هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتـرى، وإن كان على أن يتسلم الراكب البـهيمة يركـبها لنفسه فكل ذلـك عليه، لأن الذى على المكرى تسليم البهيـمة وقد سلمها، فـأما الدليل فهو على المكتـرى، لأن ذلك خارج عن البهيـمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالـزاد، وقيل: إن كان اكترى منه بهيمة يعينهـا فأجره الدليل على المكترى، لأن الذى عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه، وأن كانت على حمله إلى مكان معين فى الذمة فهو على المكرى، لأنه من مؤنة إيصاله إليه وتحصيله فيه.

غير مضمونة عـندنا، وحكى عن مالك: أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خيـر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدى، لأنه متعدٍّ بإمساكها فكان لصاحبها تضمينها إياه.

ولنا: أن العين باقية بحالهـا يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانـت المسافة قريبة، وما ذكـروه تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فـلا يجوز المصـير إليه، وسـيأتى الكلام مع أبى حنيفة فى باب الغصب ـ إن شاء الله ـ وحكى القاضى أن قول أبى بكر فيما إذا اكترى لحمولة شىء فزاد عليه: وجوب أجر المثل للجميع، آخذًا من قوله فيمن استأجر أرضًا ليزرعها شعيرًا فزرعها حنطة أن عليه أجـر المثل للجميع، لأنه عدل عن المعقول عليه إلى غـيره فأشبه ما لو استأجر أرضًا فـزرع أخرى، فجمع القاضى بين مسألة الخـرقى ومسألة أبى بكر، وقال: ينقل قول كل واحد من إحدى المـسألتين إلى الأخرى لتساويهما فى أن الزيادة لا تـتميز فيكون فى المسـألتين وجهـان، وليس الأمر كذلك، فـإن بين المسألتـين فرقًا ظاهرًا، فـإن الذى حصل التعدى فـيه فى الحمل متـميز عن المعقـود عليه وهو القفيـز الزائد بخلاف الزرع، ولأنه فى

فـــصل: وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله، لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا به، وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يبرك له الجمل، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة، وإن كان قويًا حال العقد فضعف فى أثنائه أو ضعيفًا فقوى فالاعتبار بحال الركوب، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفًا حتى يفعل ذلك، لأنه لا يمكنه فعل شىء من هذا على ظهر البعير، وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يبركه له، ولا يقف عليه من أجله، وإن أراد المكترى إتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك، بل تكون خفيفة فى تمام، ومن اكترى بعيرًا لإنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك، لأنه وفَّى له بما عقد عليه فلم يلزمه شىء سواه.

فـــصل: وإذا اكترى ظهرًا فى طريق العادة فيه النزول والمشى عند اقتراب المنزل، والمكترى امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول، لأنه اكتراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشى فلزم حمله فى جميع الطريق كالمتاع، وإن كان جلدًا قويًا ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يلزمه النزول أيضًا، لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه فى بعضها كالضعيف، **والثانى:** يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط.

مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد، وفى الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه، ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه، ولا يصح هذا القول فى مسألة الحمل، فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد، لأنه فى مسألة الحمل متعدٍّ بالزيادة وحدها وفى مسألة الزرع متعدٍّ بالزرع كله فأشبه الغاصب.

فـــصل: فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى لزرع الشعير فزرع حنطة، فقد نص أحمد فى رواية عبد الله فقال: ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض، فجعل هذه المسألة كمسألتى الخرقى فى إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد، ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره، ولهذا قلنا: له زرع مثله وما هو دونه فى الضرر، فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو اكتراها إلى موضع فجاوزه، وقد ذكرنا قول أبى بكر أن له أجر المثل، لأنه عدل عن المعقود، فإن الحنطة ليست بشعير وزيادة، وإن قلنا: إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتى الخرقى، وقال الشافعى: المكرى مخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع، لأن هذه

فـــصل: وإن هرب الجَمَّال فى بعض الطريق أو قبل الدخـول فيها لم يخل من حالين: **أحـدهـمـا:** أن يهرب بجماله فينظـر، فإن لم يجد المستأجر حاكمًـا أو وجد حاكمًا لم يمكن إثبات الحـال عنده، أو أمكن الإثبات عنده ولا يحـصل له ما يكترى به مـا يستوفى حـقه منه فللمستأجر فسخ الإجارة، لأنه تعذر عليه قبض المـعقود عليه، فأشبه ما لو أفلس المشترى أو انقطع المسلم فيه عند محله، فإن فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الأجر كان دينًا فى ذمته، وإن اختار المـقام على العقد وكـانت الإجارة على عمل فى الذمة فله ذلك، ومـتى قدر على الجمال طـالبه به، وإن كان العقد عـلى مدة انقضت فى هربه انفسخ العـقد بذلك، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الأمر إلى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم، فإن وجـد للجمال مالاً اكترى به له، وإن لم يجد له مالاً وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكترى له به فعل، فإن دفع الحاكم المال إلى المكترى ليكترى لنفسه به جـاز فى ظاهر كلام أحمد، وإن اقترض عليه من المكترى ما يكرى به جاز وصار دينًا فى ذمة الجمال، وإن كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره، لأن العقد تعلق بعينه فيتـخير المكترى بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل.

المسألة أخذت شبهًا من أصلين: **أحدهما:** إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة، لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة، **والثانى:** إذا استأجر أرضًا فزرع غيرها، لأنه زرع متعديًا، فلهذا خيَّره بينهـما، ولأنه وجد سببًا يقـتضى كل واحد من الحكمين وتعذر الجـمع بينهما فكان له أوفرهما، وفوض اخـتياره إلى المستحق كقتل العـمد، والأولى ـ إن شاء الله ـ قول أبى بكر، فإن هذا متعـد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغـاصب، ولهذا ملك رب الأرض منعه من زرعه، ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه، ويفارق من زاد على حـقه زيادة متميزة فى كونه لم يتعد بالجمـيع، إنما تعدى بالزيادة فقط، ولهـذا لا يملك المكرى منعه من الجمـيع، ونظير هاتين المسألتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفـزة حنطة فجعل أكثر منها، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطار قطن فجعـل فيها قنطار حديد فـفى الأولى له المسمى وأجر الزيادة، وفى الثـانية يخرج فيها من الخلاف كقولنا فى مسألة الزرع، وحكم المستأجر الذى يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه فى الابتداء لما يلحقه من الضرر، فإن زرع فرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفـقة، وإن لم يعلم حتى أخذ المستـأجر زرعه فله الأجر على ما نذكر فى الغصب.

فـــصل: وإن اكترى دابـة إلى مسافة فـسلك أشق منها فهى كمـسألة الزرع يخرج فـيها وجـهـان، وقياس منصوص أحمد أن له الأجر المـسمى وزيادة، لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا، وقيـاس قول أبى بكر: أن له أجر المثل، لأن الزيادة غير متمـيزة، ولأنه متعدٍ

الحال الثاني: إذا هرب الجمال فترك جمـاله، فإن المكترى يرفع الأمر إلى الحاكم، فإن وجد للجـمال مالاً استـأجر به من يقوم مقـام الجمال فى الإنفـاق على الجمال والشد عليـها وحفظها وفعل ما يلزم الجـمال فعله، فإن لم يجد له غير الجمـال وكان فيه فضله عن الكراء باع بقدر ذلك، وإن لم يكن فيهـا فضل أو لم يمكن بيعه اقترض عليـه الحاكم كما قلنا، وإن اذان من المكترى وأنفـق جاز، وإن أذن للمكترى فى الإنفـاق من ماله بالمـعروف ليكون دينًا على الجمـال جاز، لأنه موضع حاجـة، وإذا رجع الجمال واختلفـا فيما أنفق نظرنـا فإن كان الحاكم قدر له ما ينفق قبل قوله فى قدر ذلـك وما زاد لا يحتسب به وإن لم يقدر له قبل قوله فى قدر النفقة بالمعروف، لأنه أمين وما زاد لا يرجع به، لأنه متطوع به، وإذا وصل المكترى رفع الأمر إلى الحاكم ففـعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجـمال ما لزمه من الدين للمكترى أو لغيره ويحفظ باقى الثمن له وإن رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والإنفاق على الباقى من ثمن ما باع جاز وإن لم يجـد حاكمًا أو عجز عن استدانـة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجـمال فيما يلزمه فـإن فعل ذلك متبرعًا لم يرجع بشىء وإن نوى الرجـوع وأشهد على ذلك رجع به، لأنه حال ضـرورة، وهذا أحد الوجهين لـلشافعى وإن لم يشهـد ونوى الرجوع ففى الرجوع وجهان: **أحدهـما**: يرجع به، لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن فى الإنفاق، **والثانى**: لا يرجع به، لأنه يثبت لنفسه حقًا على غيره وكذلك إن لم يجد من

بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعـه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها، فـإنه إنما يمنعـه الزيادة لا غير، وإن اكـترى لحـمل قطن فحمـل بوزنه حديدًا أو بالعكس، فعليه أجر المثل، لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليـه بخلاف ما قبلها من المسائل، وسائر مسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المـسائل ما كان متميزًا وما لم يكن متمـيزًا فتلحق كل مسألة بنظيرتها.

فصل: وإن اكتراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فهـو كمن اكترى لحـمولة شىء فزاد عليه، وإن كـان المكترى تولى كيله وتعبيتـه ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له فـى حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لـها، لأنها تلفت بعدوان صـاحبها وحكمـه فى ضمان الطعام حكم من غـصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبى ولم يعلما فهو متعـدٍّ عليهما، عليه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به ضمانهـا، وعليه لصاحب الطعام ضمان طعـامه، وسواء كاله أحدهما ووضـعه الآخر على ظهر الدابة، أو كـان الذى كاله وعباه وضـعه على ظهرها، وقـال أصحاب الشافـعى فى أحد الوجهين: إذا كـاله المكترى ووضعه المكرى على ظهـر البهيمة لا ضـمان على المكترى لأن المكرى مفرط فى حمله.

يشهده فأنفق محتسبًا بالرجوع، وقياس المذهب أن له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيـال الغائب وزوجاته والدابة المـرهونة ولو قدر على استـئذان الحاكم فأنفق من غـير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعـه وجهان أيضًا، وحكم موت الجمال حكم هربه، وقال أبو بكر: مذهب أحـمد أن الموت لا يفسخ الإجـارة وله أن يركبها ولا يسرف فـي علفها ولا يقصر ويرجع بذلك فى مال المـتوفى، فإن لم يكن فى يد المستأجر ما ينفـقه لم يجز أن يبيع منها شيئًا، لأن البيع إنما يجوز من المالك أو من نائبه أو ممن له ولاية عليه.

فـصل: قال أصحابنا: **يصح كراء العـقبة**، وهو مذهب الشافعى، ومعناها الركوب فى بعض الطريق يركب شـيئًا ويمشى شـيئًا لأنه إذا جـاز اكتراؤها فى الجـميع جاز اكـتراؤها فى البعض، ولا بد من كونها مـعلومة إما أن يقدرها بفراسخ معلومـة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشى نهارًا ويعتبر فى هذا زمـان السير دون زمان النزول، وإن اتفقا على أن يركب يومًا ويمشى يومًا جاز، فإن اكترى عقبـة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف، ويحتمل أن لا يصح، لأن ذلك يختلف وليس له ضـابط فيكون مجهولاً، وإن اتفـقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشى ثلاثة أيام أو مـا زاد ونقص جاز، وإن اختلفـا لم يجبر المـمتنع منهما، لأن فـيه ضررًا على كل واحد منهما: الماشى لدوام المـشى عليه، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير.

ولنا أن التدليس من المكترى إذ أخبره بكيلها بخلاف مـا هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيّا بتحمـيلها، فأما إن كالها المكترى ووضعها المكرى علـى الدابة عالمًا بكيلها لم يضمن المكترى الدابة إذا تلفت، لأنه فـعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير وله أجر القـفيز الزائد فى أحد الوجهين، لأنـهما اتفقا على حمله على سـبيل الإجارة فجرى مجرى المـعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجر، والثاني: لا أجر له، لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجرًا، وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالمًا بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمـره بحمله ففى وجوب الأجر وجهان كمـا لو حمله المكرى عليها، لأنه إذا أمر به كان كفعله، وإن كاله أحدهما وحـمله أجنبى فهو كما لو حمله الذى كاله، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر، وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله.

53- مـسألة: (وإن تلفت ضمنها إلا أن تكون فى يد صاحبها فـيضمن نصف قيمتها فى أحد الوجهين).

إذا تلفت الدابة التى تعـدى فيهـا إما بزيادة على الحـمل أو زيادة على المســافة ضـمنها بقيمتها سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن، هذا ظاهر كلام الخرقى والفقهاء السبـعة إذا تلفت حال التعدى، وقال القاضى: إن كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صـاحبها ليمسكها أو يسقيها فـتلفت فلا ضمان على المكترى

وإن اكترى اثنان جملاً يركبانه عُقْبة وعُقْبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل وللآخر النهار وإن كان لذلك عرف رجع إليه، وإن اختلفا فى البادئ منهما أقرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما، لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبدًا معينًا منهما.

٩٠٨- **مسألة:** قال: (**فإن رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقى بأرطال معلومة فجائز**).

وجملته: أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية فى الراكبين إذا وصفهما بما يختلفان به فى الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والأنوثية، والباقى يكفى فيه ذكر الوزن، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية، لأنه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه، وهذا مذهب الشافعى، ولهم فى المحمل وجه أنه لا تكفى فيه الصفة ويجب تعيينه.

ولنا: أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان فاكتفى فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب فى الإجارة ولأنه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه، لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما فى الصفات فما لاتأتى عليه الصفات لا يعلم التساوى فيه ولأن الوصف يكتفى به فى البيع فاكتفى به فى الإجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجرى المسامحة فيه كالمسلم فيه.

وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها ضمنها، وقال أبو الخطاب: إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف، وقال أصحاب الشافعى: إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى جميع القيمة، وإن كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى، لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان: أحدهما: يلزمه نصف القيمة، لأنها تلفت بفعل مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها، والثانى: تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقى، ونحو هذا قول أبى حنيفة، فإنه قال فيمن اكترى جملاً لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته، قال شيخنا: وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها، فأما إن تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها، لأنها تلفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوب، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل، بدليل ما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها

فصل: ويجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة، قال الله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ﴾ (النحل: ٧) والحمولة بالضم الأحمال والحمولة بالفتح التى يحمل عليهـا قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ (الأنعـام: ١٤٢) الحمـولة الكبار والفرش الصغار، وقيل الحمولة الإبل والفرش: الغنم، لأنها لا تحمل، ولا يحتاج إلى معرفة الحمـولة، لأن الغرض حمل المتـاع دون ما يحمله بخـلاف الركوب فإن المركب غـرضًا فى المركـوب من سهـولته وحالـة سرعتـه، وإن اتفق وجود غـرض فى الحمولة مـثل أن يكون المحمول شيئًا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغى أن يذكر فى الإجارة، وأمـا الأحمال فلا بد من معرفتها فـإن لم يعرفها لم يجز، لأن ذلك يتفـاوت كثيـرًا ويختلف الغرض به فـإن شرط أن تحمل مـا شاء بطل، لأن ذلك لا يمكن الوفاء به ويدخل فيه ما يقتل البهيمة، وإن قال: احتمل(*) عليها طاقتها لم يجز أيضًا، لأن ذلك لا ضابط له، وتحصل المـعرفة بطريقين: (المشـاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم: (والصفة) يشترط فى الصـفة معرفة شيئين: القدر والجنس، لأن الجنس يخـتلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوى فى القدر فإن القطن يضر بها من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل

حمل والآخـر آخذ بزمـامها كـانت لصاحب الحـمل والراكب، ولأن الراكب متـعدٍّ بالزيادة، وسكوت صاحبـها لا يسقط الضمـان، كمن خرق ثياب إنسان وهو سـاكت، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى، كمن ألقى حجرًا فى سفينة موقرة فغرقها، فأما إن تلفت فى يد صاحبـها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفـها بسبب تعبها بـالحمل والسير فهو كـتلفها تحت الحمل والراكب، وإن كـان بسبب آخر من افتـراس سبع أو سقوط فى هوة فـلا ضمان فيـها، لأنها لم تتلف فى يد عادية ولا بـسبب عدوان، وقولهم: تلفت بفـعل مضمون وغـير مضمون أشـبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخـر يده عدوانًا فمات منهما، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره، لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما.

فصل: ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى، وقال محمد: يسقط كما لو تعدى فى الوديعة ثم ردها.

ولنا: أنها يد صارت ضـامنة فلا يزول الضمان عنهـا إلا بإذن جديد ولم يوجد، والأصل ممنوع إلا أن يردها إلى مالكها أو يجدد لها إذنًا.

فصل: قال الشيخ ـ رحمه الله: **(ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الأحمـال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وكل ما جرت عادته به)**.

يلزم المكرى كل ما جرت العـادة أن يوطئ به للركوب من الحداجة للجـمل والقتب وما

(*) فى المطبوعة: لتحمل.

فيه الريح فيثقل ومثلة من الحديد يؤذى من جهة أخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عـقرها فلا بد من بيانه، وأما الظروف فـإن دخلت فى الوزن لم يحتج إلى ذكرها، وإن لم توزن، فإن كـانت ظروفًا معروفـة لا تختلف كغرائر الصـوف والشـعر ونحوها جاز الـعقد عليها من غير تعيين لأنها قلما تتفاوت تفاوتًا كـثيرًا فتسميتها تكفى، وإن كانت تختلف فلا بد من معرفتـها بالتعيين أو الصفة، وذكـر ابن عقيل أنه إذا قال: أكريتكها لتحـمل عليها ثلاثمائة رطل مما شـئت جاز وملك ذلك، لكن لا يحمله حمـلاً يضر بالحيوان مـثل ما لو أراد حمل حديد أو زئبق ينبـغى أن يفرقه على ظهر الحيـوان فلا يجتمع فى مـوضع واحد من ظهره ولا يجعله فى وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها، وإن اكترى ظهرًا للحمل موصوفًا بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المـستأجر لم يقبل منه لأنه لا يملك المطالبة بما لم يعقـد عليه، وإن طلبه المؤجـر وكان يفوت به غرض للمـستأجر مـثل أن يكون غرضه معرفة الاستعجال فى السير أو أن لا ينقطع عن القـافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحمل لكون الحمولة مـما يضرها الهز أو قوتها وصبـرها لطول الطريق وثقل الحمولة فـيعـين الإبل لم يجز العـدول عنه، لأنه يفـوت غرض المسـتـأجر فلم يجـز ذلك كمـا فى المركوب، وإن لم يفوت غرضًا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شىء حمل مثله أو أقل ضررًا منه.

يتمكن به الراكـب من النفع كزمام الجـمل والبرة التى فى أنفـه - إن كانت العادة جـارية بها - والسرج واللجـام للفرس والبـردعة والإكاف للبـغل والحمار على مـا يقتـضيه العـرف يحمل الإطلاق عليه، وما زاد على ذلك من المـحمل والمحارة والحبل الذى يشـد به بين المحملين على المكتـرى، لأنه من مـصلحـة الحمل وكـذلك الوطاء الذى يشـد فـوق الحداجـة تحت المـحمل، وعلى المكرى رفـع المحـمل وحطه وشده علـى الحمل ورفع الأحـمال وشـدها وحطها، لأن هـذا هو العرف وبه يتـمكن من الركوب، ويلزمـه القائد والسـائق، هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى، فإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه فكل ذلك عليه، لأن الذى على المكرى تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكترى، لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فأشبـه الزاد، وقيل: إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتـرى لأن الذى عليه تسليم الظهر وقد سلمـه، وإن كانت الإجارة على حمله إلى مكان معين فى الذمـة فهو على المكترى، لأنه من مؤنة إيصاله إليه وتحـصيله فيه، فإن كان الراكب ممن لا يقدر عـلى الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والـضعيف والسمين فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله، لأنه لا يتمكن منها إلا به، وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول مع قـياس البعيـر لم يلزم الجمال أن يبـرك الجمل لإمكان استـيفاء المعـقود عليها، فإن كان قـويًا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فالاعـتبار بحال الركوب، لأن

فـصل: ويجوز كراء الدابة للعمل، لأنها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب، وإن اكترى بقرًا للحـرث جاز لأن البقر خلقت للحرث، ولذلك قال النبى ﷺ: «بينما رجل يسـوق بقرة أراد أن يركبهـا فقالت: إنى لم أخلق لهذا إنمـا خلقت للحرث»(٤١) متفق عليـه، ويحتاج إلى شرطين: معـرفة الأرض وتقدير العمل، فأمـا الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنـها تختلف فتكون صلبة تـتعب البقر والحراث وقـد يكون فيها حـجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتى الصفة عليها فيحتاج إلى رؤيتها.

وأما تقـدير العمل فيجـوز بأحد شيئـين: إما بالمدة كـيوم ويومين، وإما بالأرض كـهذه القطعة أو من هذا المكان إلى هذا المكان، أو بالمساحة كمدى أو مَدَيَيْن(*) ونحو ذلك، كل ذلك جائز، لأن العلم يحصل به، فإن قـدره بالمدة فلا بد من معرفة البقـر التى يعمل عليها، لأن الغرض يختلف باختلافها فى القوة والضعف، ويجـوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ويجوز أن يـستأجرها مع صاحبهـا ليتولى الحرث بها، ويجوز اسـتئجارها بآلتها من الفدان والـنير واستئجارها بدون آلتهـا وتكون الآلة من عند صاحب الأرض، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لأنها منفعـة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصـوف كما ذكرناه فى الحرث، ومتى كان على مدة احـتيج إلى معرفة الحيوان الذى يعمل عليه ليـعرف قوته أو ضعفه، وإن كان على عمل غير مـقدر بالمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان، لأن الغـرض يختلف به فمنه ما ورثه طاهر ومنه ما روثه نجس ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفردًا عنه كما ذكرنا فى الحرث.

العقد اقتضى ركـوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لـينزل لصلاة الفرض وقضاء حاجة الإنسان والطهـارة ويدع البعير واقفًا حـتى يفعل ذلك، لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعيـر، وما يمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافـلة لا يلزمه أن يقفه له من أجله، فإن أراد المكـترى إتمام الصـلاة وطالبه الجمـال بقصرها لم يلـزمه ذلك بل تكون خفيفة فى تمام.

فـصل: إذا اكترى ظهرًا فى طريق العادة فيه النزول والمشى عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضـعيف لم يلـزمه ذلك، لأنه اكترى جميع الطريق كـالمتاع، وإن كان كان جلدًا قويّا احتمل أن لا يلزمه أيضًـا، لأنه عقد على جميع الطريق ولم تجر له عـادة بالمشى فلزم حمله فى جميع الطريق أشبه الضعيف، ويحتمل أن يلزمه، لأنه متعارف، والمتعارف كالمشروط.

---

(٤١) أخرجه البـخارى (٦/ ح٣٤٧١/ فتح) ومسلم (٤/ فضـائل/ ١٨٥٧، ١٨٥٨/ ح١٣) والترمذى (٥/ ح٣٦٧٧).

(*) **المد:** منتهى البصر وغايته.

فـــصل: ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ويفتقر إلى شيئين: معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته، لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يومًا أو يومين، أو بالطعام فيقول قفيزًا أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف، لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يصعب، وكذلك إن اكتراها لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض أو هذه البركة، وكذلك إن اكتراها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض، ولا يجوز تقدير ذلك بسقى أرض، لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشانة لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولاً، وإن قدره بسقى ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل أن يجوز لأن شربها يتقارب فى الغالب، ويجوز استئجار دابة ليستقى عليها ماء ولا بد من الآلة التى يستقى بها من راوية أو قرب أو جرار، ومعرفة

فصل: فإن كان المكترى دارًا أو حمامًا فعلى المكرى ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام، لأن عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة فى يد المستأجر فأشبه حيطان الدار وأبوابها، وإن سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه إبدالها وبناء الحائط، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبرك ومجرى الماء، لأن بذلك يحصل الانتفاع ويتمكن منه، وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبركة فعلى المكترى، فأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدًا منهما، لأن الانتفاع ممكن بدونه.

54- مسألة: (فأما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة).

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الكراء فعلى المكرى، لأنه مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المستأجر فتفريغها عليه، وهذا قول الشافعى، وقال أبو ثور: هو على رب الدار، لأن به يتمكن من الانتفاع أشبه ما لو اكتراها وهى ملأى، وقال أبو حنيفة: القياس أنه على المكترى، والاستحسان أنه على رب الدار، لأن ذلك عادة الناس.

ولنا: أن ذلك حصل بفعل المكترى فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشًا، والقول فى تفريغ جية الحمام التى هى مصرف مائه كالقول فى بالوعة الدار، وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى.

فصل: فإن شرط على مكترى الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح، لأنه لا يجوز أن يؤجل مدة لا يمكنه الانتفاع فى بعضها ولا يجوز أن يشرط أن يستوفى بقدرها عند انقضاء مدته، لأنه يؤدى إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً، فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث، والمكترى بالخيار بين الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له أرش العيب،

ذلك إما بالرؤية وإمـا بالصفة، ويقـدر العمل إما بالزمـان وإما بعدد المـرات وإما بملء شيء معين، فإن قدره بعدد المرات احتـاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب إليه، لأن ذلك يختلف بالقرب والبـعد والسهولة والحزونة، وإن قدره بملء شيء مـعين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقى منه، ويجوز أن يكترى الـبهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها، وإن اكتـراها لبل تراب معروف جاز، لأن ذلك مـعلوم بالعرف، وكل موضع وقع العـقد على مدة فـلا بد من معـرفة الظهـر الذى يعمل عليـه، لأن الغرض يخـتلف باختـلافها فـى القوة والضعف، وإن وقع علـى عمل معـين لم يحتج إلى معـرفتهـا، لأنه لا يختلف ويحـتمل أن يحتاج إلى ذلك فى اسـتيفاء الماء عليه، لأن منـه ما روثه طاهر بغير خلاف كالخـيل والبقر، ومنه ما روثه نجس ويختلف فى نجاسـه جسمه كالبغال والحمير، فـربما نجس به المستقى أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته.

فـــصل: وإذا اكترى حـيوانًا لعمل لم يخلق له، مـثل أن اكترى البقر للـركوب والحمل

كالمبـيع المعيب، فإن لم يعـلم بالعيب حتى انقضت مـدة الإجارة فعليه جـميع الأجر، لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم الـعيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب، كما لو اشترى معيبًا فلم يعلم عيبه حتى تلف فى يده أو أكله.

فـــصل: وإن شرط على المكترى النفـقة الواجبة على المكرى كعمارة الحـمام فالشرط فاسـد، لأن العين ملك للمؤجر فنفقتهـا عليه، فإن أنفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكترى، لأنه أنفـقه على ملكه بشرط العوض، فـإن اختلفا فى قدر ما أنفق ولا بـينة فالقول قول المكـرى، لأنه منكر، فإن لم يشـرط لكن أذن له فى الإنفاق ليـحتسب لـه به من الأجر ففعل ثم اخـتلفا فالقول قول المكرى أيضًا، وإن أنفـق من غير إذنه لم يرجع بشيء لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له دارًا أخرى.

فـــصل: ولا خلاف بـين أهل العلم فى جواز كـراء الإبل وغيـرها من الدواب إلى مكة وغيـرها، قال الله تعـالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ (النحل: ٨) ولـم يفـرق بين المملوكة والمستأجرة، وروى عن ابن عبـاس فى قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٨) أن يحج ويكرى، ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجة إليه، وقد فـرض الله تعالى الحج على الناس وليس لكل أحد بـهيمة يملكهـا ولا يحسن القيـام بها والشد عليها فدعت الحـاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعًـا للحاجة، إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العـقد معرفة المتـعاقدين المعقـود عليه، لأنه عقد معـاوضة أشبه البيع، فأمـا الجمال فيـحتاج إلى معـرفة الراكبـين بالرؤية أو بالصفة، لأن المـعرفة بالصـفة تقوم مـقام الرؤية إذا وصفهما بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكـورية والأنوثية، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: لا يكفى فى ذلك الصفة، لأن يختلف بثـقله وخفته وسكونه وحركته

عليها، أو اكترى الإبل والحمر للحرث جاز، لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذى خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما له العين المـملوكة ويمكن تحـصيله منها، ولا يمـتنع ذلك إلا بمعـارض راجح، إما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضـرته على منفعته، وليس هـهنا واحد منها، وكثير من الناس من الأكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها، وفى بعض البلدان يحرث على الإبل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث ـ إن شاء الله ـ أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بهـا فى شىء آخر، كما أن الخيل خلقت للركـوب والزينة ويباح أكلها، واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله فى الأدوية وغيرها والله أعلم.

٩٠٩- مسألة: قال: **(وما حدث فى السلعة من يد الصانع ضمن).**

وجملـته: أن الأجير على ضربين: خاص ومشتـرك، فالخاص: هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جـميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يومًـا أو شهرًا، سمى خاصًا لاخـتصاص المستأجر بنفـعه فى تلك المدة دون سائر الناس، والمـشترك: الذى يقع العـقد معـه على عمل معـين كخيـاطة ثوب وبناء حائط وحمل شىء إلى مـكان معين أو على عـمل فى مدة لا يسـتحق جمـيع نفعه فـيهـا كالكحل والطيب، سمى مشـتركًا، لأنه يتقـبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر فى وقـت واحد ويعمل لهم فيشتركون فى منفعته واستحقاقها فسمى مشتركًا، لاشتراكهم فى منفعته، فالأجير المشترك هو الصانع الذى ذكره الخـرقى وهو ضامن لما جنت يده، فالحائـك إذا أفسد حياكتـه ضامن لما أفسد نص أحمـد على هذه المسألة فى رواية ابن منصور، والقصار ضامن لمـا يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبـيخه، والخباز ضامن لما أفسد من

ولا ينضبط بالوصف فـيجب تعيـينه، وهذا مذهب الشـافعى، ولهم فى المحـمل وجه أنه لا يكتفى فيه بالصفة ويجب تعيينه.

ولنا: أنه عقـد معاوضة مضـاف إلى حيوان فاكـتفى فيه بالصـفة كالبيع وكـالمركوب فى الإجارة، ولأنه لو لم يكتف فيه بالصـفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مـقامه، لأنه إنما يعلم كونه مثله لتـساويهما فى الصـفات، فما لا تأتى عليه الصـفات لا يعلم تساويهمـا فيه، ولأن الوصف يكتفى به فى البـيع فاكتفى به فى الإجـارة كالرؤية والتفاوت بـعد ذكر الصفات يـسير تجرى المسامحـة فيه كالمسلم فيه، ويحتـاج إلى معرفة الآلة يركبان فيهـا من محمل ومحارة وقتب وغـير ذلك، وهل يكون مغطى أو مكشـوفًا؟ فإن كان مـغطى احتاج إلى معـرفة الغطاء ويحتاج إلى معرفـة الوطاء ومعرفة المعاليق التى معه من قربة وسطيحـة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر ما يحمل معه، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر، إلا أن الشافعى قال: يجوز إطلاق غطاء المحمل، لأنه لا يختلف اختلافًا كثيرًا متباينًا، وحكى عنه فى المعاليق قول: إنه

خبزه، والحمال يـضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته، والجـمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبلة الذى شد به حمله، والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة، وروى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشريح(٤٢)، والحسن والحكم، وهو قول أبى حنيفة ومالك وأحد قـولى الشافعى، وقال فى الآخر: لا يضمن ما لم يتعد، قال الربيع، هذا مـذهب الشافعى وإن لم يبح به، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر، لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة.

ولنا: ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن على أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وقال لا يصلح الـناس إلا ذلك(٤٣)، وروى الشافعى فى مسنده(٤٤) بإسناده عن على أنه كـان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا، ولأن عمل الأجير المشـترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضـمونًا كالعدوان بقطع عـضو بخلاف الأجيـر الخاص، والدليل على أن عمله مضمـون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثـوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجـر فيمـا عمل فـيه وكان ذهاب عـمله من ضمـانه، بخلاف الخاص فـإنه أمكن المستأجر من استعماله استـحق العوض بمضى المدة وإن يعمل، وما عمل فيه من شىء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

يجوز إطلاقها ويحمل على العرف، وحكى عن مالك: أنه يجوز إطلاق الراكبين، لأن أجسام الناس متقاربة فى الغالب.

وقال أبو حـنيفة: إذا قـال فى المحـمل رجلان ومـا يصلحهـما من الوطاء والـدثر جاز استحسانًا، لأن ذلـك يتقارب فى العادة فحمل على العادة كالمـعاليق، وقال القاضى فى غطاء المحمل كقول الشافعى.

ولنا: أن هذا يختلف ويتبـاين كثيرًا فاشترطت مـعرفته كالطعام الذى يحـمله معه، وقول مالك: إن أجـسام الناس مـتقاربة، لا يصح، فـإن منهم الكبيـر والصغيـر والطويل والقصـير والسمين والهزيل والذكر والأنثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيرًا ويتفاوتون أيضًا فى المعاليق، منهم من يكثر الزاد والحوائج، ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف به يرجع إلـيه فاشترط معرفته كالمحـمل والأوطئة، وكذلك غطاء المحـمل، من الناس من يختار الواسع الثـقيل الذى يشد على المحمل فى الهواء، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتـجب معرفته كسائر ما ذكرنا، فإن رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقى بأرطال معلومة جاز، ذكره الخرقى، وأما الراكب فيحتاج

---

(٤٢) الأحاديث التى وردت عن تضمين الأجراء من بعض الصناع وغيرهم عن شريح وعمر وعلى وعبد الله ابن عتبة كلها ضعيفه، وقد أوردها البيهقى فى السنن (٦/ ١٢٢) باب ما جاء فى تضمين الأجراء.

(٤٣) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٢٢) وضعفه، وقال: لم نعلم إثباته.

(٤٤) انظر البيهقى فى السنن (٦/ ١٢٢).

فـصل: ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنمـا يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه مثل الخباز يـخبز فى تنوره وملكه، والقصـار والخياط فى دكانيـهما، قال: ولو دعا الـرجل خبازًا فخبز له فى داره، أو خـياطًا، أو قصارًا ليقصـر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيـما أتلف ما لم يفرط، لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص، قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح فـى السفينـة أو راكبًا على الـدابة فوق حملـه فعطب الحـمل لا ضمان علـى الملاح والمكارى، لأن يد صاحب المتاع لم تزل، ولو كان رب المتـاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال، لأن رب المتاع لـم يسلمه إليه، ومذهب مالك والشافعى نحو هذا، قال أصحـاب الشافعى: لو كان العـمل فى دكان الأجير والمـستأجر حاضـر، أو اكتراه ليعمل له شـيئًا وهو معه لم يـضمن، لأن يده عليه فلم يضمن من غيـر جناية ويجب له أجر عمله، لأن يده عليـه فكلما عمل شيـئًا صار مسلـمًا إليه فظاهر كلام الخـرقى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره، أو كـان صاحب العمل حاضرًا عنده، أو غائبًا عنه، أو كونه مع المـلاح أو الجمال أو لا، وكذلك قال ابن عـقيل: ما تلف بجناية المـلاح بجذفه أو بجناية المكارى بشده المـتاع ونحوه فهـو مضمون عليه سـواء كان صاحب المتـاع معه أو لم يكن، لأن وجوب الضـمان عليه لجناية يده فلا فـرق بين حضور المالـك وغيبته كـالعدوان، ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صـاحب المتاع راكبًا معه يعم المتـاع وصاحبه، وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان، كما لو رمى إنـسانًا مترسًا فكسر ترسه وقتله، ولأن الطبيب والخَتَّان إذا جنت يداهما ضـمنا مع حضور المطبب والمختون، وقـد ذكر القاضى أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن، وإن سرق لم يضمن، لأنه فى العثـار تلف بجنايته والسرقـة ليست من جنايته ورب المـال لم يحل بينه وبينه، وهذا يقتضى أن تلفه بجنايته مضمون عليـه سواء حضر رب المال أو غاب، بل وجوب الضمان فى محل النزاع أولى، لأن الفعل فى ذلك إلى المـوضع مقصود لفاعله والسقطة من الحـمال غير مقصودة له، فإذا وجب الضمان هـهنا فثَمَّ أولى.

إلى معرفـة الدابة التى يركب عليها، لأن الغرض يختلف بذلـك ويحصل بالرؤية، لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتـاج إلى معرفة صفة المشى كالرهوال وغـيره، وإما أن يجزبه فيعلم ذلك برؤيته ويحـصل بالصفة، فإذا وجدت اكتفى بها، لأنه يمكن ضـبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع، فإذا استأجر بالصفـة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فرسًا أو بعيرًا أو بغلاً أو حمارًا، أو النوع فيقول فى الإبل: بختى أو عرابى وفى الخيل عرابى أو برذون وفى الحمير مصـرى أو شامى، وإن كان فى النوع مـا يختلف كالمـهملج من الخيل والقطوف احـتيج إلى ذكره، لأن الغرض يختلف به، وقـد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، قال شـيخنا: ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحـيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع، لأن العـادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة الجمال العراب دون البخاتى.

فـــصل: وذكر القاضى: أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيدًا صغارًا أو كبارًا فلا ضمان على المكارى فيمـا تلف من سوقه وقوده، إذ لا يضمن بنى آدم من جهـة الإجارة، لأنه عقد على منفعة والأولى وجـوب الضمان، لأن الضمان هـهنا من جـهة الجناية فوجب أن يعم بنى آدم وغيرهم كسائر الجنايات، وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان، والله أعلم.

فـــصل: الأجير الخاص هو الذى يستأجره مدة، فلا ضـمان عليه ما لم يتعد، قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل أمر غـلامه يكيل لرجل بزرًا فسقط الرطل من يده فانكسـر: لا ضمان عليه، فقـيل: أليس هو بمنزلة القصار؟ قال: لا، القصـار مشترك، قيل: فرجل اكـترى رجلاً يستقى ماء فكسر الجرة؟ فقال: لا ضمان عليه، قيل له: فإن اكترى رجلاً يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به؟ قال: فلا ضمان عليه، وهذا مذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعى، وله قول آخر: إن جـميع الأجراء يضمنون، وروى فى مسنده عن على ﷺ أنه كان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا.

ولنا: أن عمله غيـر مضمون عليـه فلم يضمن ما تلف به كالقـصاص وقطع يد السارق، وخبـر على - رضى الله عنه وكرم وجـهه - مـرسل، والصحيح فـيه أنه كـان يضمن الصـباغ والصواغ، وإن روى مـطلقًا حمل عـلى هذا فإن المطلق يحـمل على المقـيد، ولأن الأجـير الخاص نائب عن المـالك فى صرف منافعه إلى ما أمـره به فلم يضمن من غير تعـد كالوكيل والمضارب، فأمـا ما يتلف بتعديه فيـجب ضمانه مثل الخباز الذى يسـرف فى الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق، لأنه تلف بتعديه فضمنه كغير الأجير.

فـــصل: إذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيـار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السـير فيه، لأن ذلك ليس إليهما ولا مقـدور عليه لهما، وإن كان فى طريق السير فيه إليهما استحب ذكـر قدر السير فى كل يوم، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز، لأنه معلوم بالعرف، ومتى اختلفا فى ذلك وفى وقت السير ليلاً أو نهارًا أو فى موضع المنزل، إمـا فى داخل البلد أو خارج منه حـملاً على الـعرف كـما لو أطلقـا الثمن فى بلد فـيه نقـد معروف، وإن لم يكن للطريق عـرف، فقال القاضى: لا يصح كمـا لو أطلقا الثمن فى بلد لا عرف فيـه، والأولى أن هذا ليس بشرط، لأنه لو كان شرطًا لما صح الـعقد بدونه فى الطريق المخوف، لأنه لم تجر العادة بتقدير السير فى الطريق فإن اختلفا رجع إلى العرف فى غير تلك الطريق.

فـــصل: فإن شرط حمـل زاد مقدر كمائة رطل وشرط أنه يبـدل منها ما نقص بالأكل أو غيـره فله ذلك، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يبدله فليس له إبداله، فإن ذهب بغير الأكل كسـرقة أو سـقوط فله إبداله، لأن ذلك لم يدخل فى شـرطه، وإن أطلق العقـد فله إبدال ما ذهب بسرقـة أو سقوط أو أكل غيـر معتاد بغـير خلاف، وإن نقص بالأكل المعـتاد فله إبداله

فـصـل: وإذا استأجر الأجير المشترك أجيرًا خاصـًا كالخياط فى دكان يستأجر أجيرًا مدة يستعمله فيهـا فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فـخرقه أو أفسده لم يضمنه لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان، لأنه أجير مشترك.

فـصـل: إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مـخير بين تضمينه إياه غير معمول، ولا أجر عليـه وبين تضمـينه إياه معـمولاً ويدفع إليه أجـره، ولو وجب عليه ضـمان المـتاع المحمـول فصاحبـه مخير بين تضـمينه قيمـته فى الموضع الذى سلمه إليـه ولا أجر له وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده ويعـطيه الأجر إلى ذلك المكان، وإنما كان كذلك، لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو فى المكان الذى أفسده فيه فله ذلك، لأنه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حـينئذ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه.

أيضًا، لأنه استحق حمل مقدار معلوم فملك إبدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة، ويحتمل أن لا يملك ذلك، لأن العرف جاز بأن الزاد ينقص ولا يبدل فـحمل العقد عليه عند الإطلاق وصار كـالمصـرح به، وقال الـشافـعى: القيـاس أن له إبداله، ولو قيل: ليس له إبدالـه كان مذهبًا، لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة، ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع.

فـــصـل: إذ اكتـرى جملاً ليـحج عليه فله الركـوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عـرفة والخروج عليه إلى منى، لأن ذلك من تمام الحج، وقيل: ليس له الركوب إلى منى، لأنه بعد التحلل من الحج، والأولى أن له ذلك، لأنه من تمـام الحج وتوابعه، ولذلك أوجب على من وجب عليه دون غيره فدخل فى قول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ (آل عمران: ٩٧) ولو اكترى إلى مكة فقط فليس له الركـوب إلى الحج، لأنها زيادة، ويحتمل أن له ذلك، لأن الكراء إلى مكة عـبارة عن الكراء للحج لكونهـا لا يكترى إليـها إلا للحج غالبًـا فكان بمنزلة المكترى للحج.

فصل: قال أصحابنا: يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعى، ومعناها الركوب فى بعض الطريق يركب شيئًا ويمشى شيئًا، لأنه إذا جاز اكتراؤها فى الجميع جاز فى البعض ولا بد من العلم بها إما بالفراسخ وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشى نهارًا ويعتبر فى هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركـب يومًا ويمشى يومًا جاز فإن أطلق احتمل الجواز واحتمل أن لا يصح، لأنه يختلف وليس له ضابط فيكون مـجهولاً، وإن اتفقا على أن يركـب ثلاثة أيام ويمشى ثلاثة أو ما زاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما، لأن فيه ضررًا على كل واحد منهما الـماشى لدوام المشى عليه والدابة لدوام الركوب عليهـا، لأنه إذا ركب بعد شدة التعب كـان أثقل على البعيـر، وإن اكترى اثنان جـملاً يتعاقـبان عليه جـاز ويكون كراؤه كل الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ

فصل: إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال: انسجه لى عشرة أذرع فى عرض ذراع فنسجه زائدًا على ما قـدر له فى الطول والعرض فـلا أجر له فى الزيادة، لأنه غير مأمور بهـا وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائدًا فى الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سـمى له من الأجر كما لو استأجـره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين، فإن جاء به زائدًا فى العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان: أحدهما: لا أجر له، لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحـق شيئًا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين، والثانية: له المسمى، لأنه زاد على ما أمر به، فأشبه زيادة الطول،

معلومـة أو لأحدهما بالليل وللآخـر بالنهار، وإن كـان لذلك عرف رجع إليه وإن اخـتلفا فى البادئ منهمـا أقرع، ويحتمل أن لا يصح كـراؤها إلا أن يتفقا على ركـوب معلوم لكل واحد منهما لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحـد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبدًا معينًا منهما.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخها)**.

وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى، لأنها عقـد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم لا أن يجد العين معيبة عيبًا لم يكن علم به فله الفسخ بغـير خلاف نعلمـه، قال ابن المنذر: إذا اكتـرى دابة بعينها فـوجدها جمـوحًا أو عضوضًا أو نفورًا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكترى الخيار إن شاء ردها وفسخ الإجارة، وإن شـاء أخذها، وهذا قول الثـورى وأصحاب الرأى لأنه عـيب فى المعقـود عليه فأثبت الخيار كالعيب فى بيوع الأعيان، والعـيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر فى المشى والعرج يتأخر به عن القـافلة، وربض البهيمة بالحمل وكونها جمـوحًا أو عضوضًا ونحو ذلك، وفى المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفى الدار انهدام الحائط والخوف مـن سقوطها وانقطاع الماء من بـئرها أو تغيره بحيث يمـنع الشرب والوضوء وأشبـاه ذلك من النقائص، فإن رضى بالـمقام ولم يفـسخ لزمه جمـيع الأجرة، لأنه رضى به ناقصًا أشبه ما لو رضى بالمبيع معيـبًا، وإن اختلفا فى الموجود هل هو عيب أو لا؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خـشنة المشى أو أنها تتعب راكبها لكونهـا لا تركب كثيرًا فإن قالوا: هو عيب فله الفسخ وإلا فلا، هذا إذا كان العقد تعلق بعينها فإن كانت موصوفة فى الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكرى إبدالها كالمسلم فيه إذا وجده معيبًا أو على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فللمكترى الفسخ أيضًا.

55- مسألة: **(وإن بدا له قبل تقضى المدة فعليه الأجرة)**.

قد ذكرنا أن الإجارة عقد لازم يقتضى تمليك المـؤجر الأجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختيارًا منه لم تنفسخ الإجارة وتلزمه الأجرة

ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ويبقى الثوب على مـا أراد ولا يمكن ذلك فى العـرض وأما إن جـاء به ناقـصًا فى الطول والعـرض أو فى أحدهما ففيه أيضًا وجهان: **أحدهـما:** لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل، لأنه مخالف لما أمر به، فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع، **والثانى:** له بحصـته من المسمى كـمن استؤجـر على ضرب لبن فضـرب بعضه، ويحتـمل أنه إن جاء به ناقصًا فى العرض فـلا شىء له، وإن كان ناقصًا فى الطول فله بحصته من المـسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض، وإن جاء به زائدًا فى أحدهمـا ناقصًا فى الآخر فلا أجر له فى الزائد وهو فى الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه، وقال محمد بن الحسن فى الموضعين: يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطـالبته بثمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى فى الزائد أو بحصة المنسـوج فى الناقص، لأن غرضه لم يسلم له لأنه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله.

ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشـترى شيئًا وقبضه ثم تركـه، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله رجل اكترى بعيـرًا فلما قدم المدينة قال له: فاسخنى؟ قـال: ليس ذلك له قد لزمه الكراء قلت: فإن مرض المـستكرى بالمدينة؟ فلم يجـعل له فسخًا، لأنه عقـد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب كالبيع.

فـصل: قد ذكرنا أن المستـأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتـرى المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كـما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصـرف فيها، لأنها صارت مملوكة لغيره فإن تصرف فيها وكـان ذلك فى حال يد المستأجر قبل تقضى المدة مثل أن يكترى دارًا سنة فيسكنها شهرًا ويتركها فيـسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المـالك، لأنه تصرف فيه قبل قبض المكترى له أشبه ما لو أتلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه، فإن تـصرف فى بعض المدة دون بعض انفسخ العقد فى قدر ما تصرَّف فيه خاصـة، وعلى المستأجر أجر ما بقى فإن سكن المستـأجر شهرًا وسكن المالك عشرة أشـهر لزم المستأجـر أجر شهرين، وإن سكنها شـهرًا وسكن المالك شهـرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر واحـتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصـرف فيه يسقط ذلك مما على المستأجـر من الأجر ويلزمه الباقى، لأنه تصرف فـيما ملكـه المستـأجر عليه بغـير إذنه أشبـه ما لو تصرف فـى المبيع بعـد قبض المشـترى إياه وقبض الدار ههنـا قام مقام قـبض المنافع بدليل أنه يملك التـصرف فى المنافع بالسكنى والإجـارة وغيرها، فـعلى هذا لو كان أجر المـثل الواجب على المالك بقـدر الأجر المسمى فى العقد لم يجب على المستأجر شىء، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجـر، والأول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعى وإن تصرف المالك قـبل تسليمه العين أو

ولنا: أنه وجـد عين مـاله فلم يكن له المطالبة بعـوضه كـما لو جـاء به زائدًا فى الطول وحده، فأما إن أثرت الزيادة أو النقص فى الأصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفًا فنسجه خمسة عشر فصار صفيقًـا أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقًا فنسجه عشرة فصار خفيفًا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لأنه لم يأت بشىء مما أمر به.

فـصل: إذا دفع إلى خياط ثوبًا فقال: إن كان يقطع قميـصًا فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فـعليه ضـمانه، وإن قال: انظر هذا يكفينى قميصًـا؟ قال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يـضمن، وبهذا قـال الشافعـى وأصحاب الرأى، وقـال أبو ثور: لا ضمـان عليه فى المسألتين لأنه لو كان غره فى الأولى لكان قد غره فى الثانية.

ولنا: أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كـفايته فقطعه بدون شـرطه وفى الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره بل لعدم الإذن فى قطعه، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنًا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية.

امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجـارة انفسخت الإجارة وجهًا واحدًا، لأن العاقد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعامًا فأتلفه قبل تسليمه، وإن سلمها إليه فى أثناء المدة انفسخت فيما مضى، ويجب أجر الباقى بالحصة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضًا.

56- مـسألة: (وإن حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه) .

إذا استـأجر مدة فسكنه بعـضها ثم أخرجـه المالك ومنعه تمـام السكنى فلا شىء له من الأجر نص عليه أحمد وذكره الخرقى ويحتمل أن لـه من الأجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه استوفى ملك غـيره على وجه المعـاوضة فلزمه عوضه كـالمبيع إذا استوفى بعـضه ومنعه المالك بقيته.

ولنا: أنه لم يسلم إليه مـا تناوله عقد الإجارة فلم يسـتحق شيئًـا كما لو استـأجره لحمل كتاب إلى بلد فحمله بعض الطريـق أو ليحفر له عشرين ذراعًا فحفر له عـشرًا وامتنع من حفر الباقى وقـياس الإجارة على الإجارة أولى من قـياسها عـلى البيع، والحكم فيمن اكـترى دابة فامتنع الـمكترى من تسليمهـا فى بعض المدة أو أجر نفسـه أو عبده للخدمة مـدة وامتنع من إتمامهـا أو أجر نفسه لبناء ،حائط أو خـياطة أو حفر بئر أو حـمل شىء إلى مكان وامتنع من إتمام العـمل مع القدرة عليه كـالحكم فى العقار يمـتنع من تسليمه وأنه لا يسـتحق شيئًـا لما ذكرنا.

57- مـسألة: (وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة وإن كانت على عمل خير المستأجر بين الصبر والفسخ) .

فصل: فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص رجل فعليه غرم ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا، لأن هذا قطع غير مأذون فيه، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن، وقيل: يغرم ما بين قـميص امرأة وقمـيص رجل، لأنه مأذون فى قمـيص فى الجملة، والأول أصح، لأن المأذون فيه قـميص موصوف بصفة، فإذا قطع قـميصًا غيره لم يكن فاعـلاً لما أذن فيه فكان متعديًا بابتداء القطع، ولذلك لا يستحق على القطع أجرًا ولو فعل ما أمره به لاستحق أجره.

فصل: وإن اختلفا فقال: أذنت لى فى قطعه قميص امرأة، وقال: بل أذنت لك فى قطعه قميص رجل، أو قال: أذنت لى فى قطعه قميصًا، قـال: بل قباء أو قال الصباغ أمرتنى بصبغه أحمـر قال: بل أسود فـالقول قول الخـياط والصبـاغ، نص عليه أحمـد فى رواية ابن منصور فقال: القول قول الخياط والصـباغ وهذا قول ابن أبى ليلى، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور: القول قول رب الثوب، واختلف أصحاب الشافـعى فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قـول ثالث: أنهمـا يتحـالفان كالمـتبـايعين يختـلفان فى الثمن، ومنـهم من قال: الصحيح أن القـول قول رب الثوب لأنهمـا اختلفا فى صفة إذنه والـقول قوله فى أصل الإذن فكذلك فى صفته ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه.

وجـــملة ذلك أنه إذا هرب الأجير أو شـردت الدابة أو أخذ المؤجر العـين وهرب بها أو منعه استيفاء الـمنعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة لكن يثبت للمســتأجر خيار الفسخ، فإن انفسخ فلا كلام، وإن لم يفسخ وكانت الإجارة على مدة انفسخت بمضى المدة يومًا فيومًا فإن عـادت العين فى أثناء المدة اسـتوفى ما بقى منها، وإن انـقضت المدة انفســخت الإجارة لفوات المعقـود عليه، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة كـخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم إليه فى شىء فهرب بيع من ماله، فإن تعذر فللمستأجر الفسخ، فإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل، لأن ما فى الذمـة لا يفوت بهـربه، وكل موضع امتنع الأجـير من العمـل فيه أو منع المـؤجر المستأجر من الانتـفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيـه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضـاء المدة أو يتم العمل، إن لم يكن على مدة قبل فـسخ المستأجر فـيكون له أجر ما عمل، فأما إن شردت الدابة أو تعـذر استيفاء المنفعة بغير فعل المـؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال.

58- **مـسـألة:** **(فإن هرب الجـمال أو مات وترك الجمـال أنفق عليها الحـاكم من مال الجمال أو أذن للمستأجر فى الإنفاق فإذا قدم باعها ووفى المنفق وحفظ باقى ثمنها لصاحبه).**

إذا هرب الجمال فى بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين: **أحدهما:** أن يهرب بجماله، فإن لم يجـد المستأجر حاكمًا أو وجد حـاكمًا لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل له ما يستوفى به حقه منه فللمستـأجر الفسخ، لأنه تعذر عليه قبض المعقود

ولنا: أنهما اتفقـا فى الإذن واختلفا فى صفته فكان القول قول المـأذون له كالمضارب إذا قال: أذنت لى فى البيع نساء ولأنهما اتفقـا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ، والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا فى لزوم الغرم له والأصل عـدمه، فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لى فى قطعه قبـاء، وصبغه أحمر، ويسقط عنه الـغرم ويكون له أجر مثله لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستـحق المسمى، لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمـينه، ولأن النبى ﷺ قـال: «لو يعطى النـاس بدعواهـم لادعى قوم دمـاء قـوم وأموالهم ولكن اليمـين على المدعى عليه»[٤٥] أخرجه مسلم، فأما المـسمى فى العقد فإنما يعترف رب الثوب بتـسميته أجرًا وقطعه قمـيصًا وصبغه أسود، فأمـا من قال: القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله: ما أذنت فى قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصـباغ شىء، لأنهما فعـلا غير ما أذن لهـما فيه، وذكر ابن أبى مـوسى عن أحمد رواية أخرى: أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد[*] فالقول قوله وعلى

عليه أشبه ما إذا أفلس المشترى فإن فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الأجر كان دينًا فى ذمته وإن اختار المـقام على العقد وكـانت الإجارة على عمل فى الذمة فله ذلك، ومـتى قدر على الجمال طالبه به وإن كان العقد على مـدة انقضت فى هربه انفسخت الإجارة وإن أمكن إثبات الحال عند الحـاكم وكان العقـد على موصوف غـير معـين لم ينفسخ العقـد ويرفع الأمر إلى الحاكم ويثبت عنده حاله، فإن وجد الحاكم للجمال مالاً اكترى به وإن لم يجد له مالاً وأمكنه أن يفترض عليه ما يكترى له به فعل فإن دفع الحاكم المال إلى المكترى ليكترى به لنفسه جاز فى ظاهر كلام أحمد، وإن كان الفرض من المكتـرى جاز وصار دينًا فى ذمة الجمال وإن كان العقد على مـعين لم يجز إبداله ولا اكتـراء غيره، لأن العقـد تعلق بعينه فيخيـر المكترى بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل،

الحـــال الثـــانى: إذا هرب وترك جمـاله فإن المكتـرى يرفع الأمر إلى الحاكم فـإن وجد للجمال مالاً اسـتأجر به من يقوم مقامـه فى الإنفاق على الجمال والشد عليهـا وفعل ما يلزم الجمال فإن لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وإن لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيـعه افترض عليه الـحاكم كما ذكرنا، وإن أدان من المكـترى وأنفق جاز، وإن أذن للمكترى فى الإنفاق من ماله بالمعـروف، ليكون دينًا على الجمال جاز، لأنه موضع حاجة، فإذا رجع واختلفـا فيما أنفق وكان الحاكم قدر النفقـة قبل قول المكترى فى ذلك دون ما زاد، وإن لم يقدر له قبل قوله فى قدر النفقـة بالمعروف، لأنه أمين فأشبه الوصى إذا ادعى النفقة على الأيتام بالمعـروف، وما زاد لا يرجع به، لأنه متطوع به، وإذا وصل المكترى رفع

---

(٤٥) تقدم تخريجه فى المسألة (٧٩٨) برقم (٢٤).

(*) فى بعض النسخ: والأحمر.

الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له، لأن قرينة حال رب المال تدل على صدقه فتترجح دعـواه بهما كما لو اختلفا فى حائط لأحدهما علـيه عقد أو أزج رجحنا دعواه بذلك، وإن اختلف الزوجان فى متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له، ولو اختلف صانعـان فى الآلة التى فى دكانها رجحنا قـول كل واحد منهما فى آله صناعـته، فعلى هذا يحلف رب الثوب مـا أذنت لك فى قطعه قـباء ويكفى هذا، لأنه يبتـغى به الإذن فيصـير قاطعًا لغـير ما أذن فيـه، فإن كان القباء مـخيطًا بخيوط لمـالكه لم يملك الخياط فتـقه وكان لمالكه أخذه مخيطًا بلا عوض، لأنه عمل فى ملك غيره عملاً مجردًا عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كمـا لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضى صـاحبه بتركه فيه، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعهـا، لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها، لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ما له حرمة، فإن اتفقـا على تعويضه عنها جاز، لأن الحق لهما، وإن قال رب الثوب: أنا أشـد فى كل خيط خيطًا حتى إذا سله عاد خـيط رب الثوب فى مكانه لم يلزم الخياط الإجابة إلى ذلك، لأنه انتفاع بملـكه، وحكم الصباغ فى قلع الصبغ إن أحبه وفى غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على ما مضى فى بابه، والذى يقوى عندى أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا فى دليلهم.

الأمر إلى الحاكم فيفعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجمال ما لزمه من الدين للمكترى أو لغـيره ويحفظ باقى الثـمن له، وإن رأى بيع بعضهـا وحفظ باقيهـا والإنفاق على الباقى من ثمن ما باع جاز، وإن لم يجد حاكمًا أو عـجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه ولا يرجع بذلك إن فـعله متبرعًا، وإن نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع له، لأنه حال ضـرورة، وهذا أحد الوجهـين لأصحـاب الشافعى، وإن لم يشـهد ونوى الرجوع ففى الرجوع وجهان: **أحدهـما:** يرجع به، لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن فى الإنفاق، **والثانى:** لا يرجع به، لأنه يثبت لنفسه حقًا على غيره، وكذلك إن لم يشهده وأنفق مـحتسبًا بالرجوع، قـال شيخنا: وقياس المذهب أن له الرجـوع كقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعـلى عيال الغـائب وزوجاته والدابة المرهونة، فـإن قدر على استـئذان الحاكم فأنفق من غـير استئذانه وأشهـد على ذلك، ففى رجوعه وجهـان أيضًا، وحكم موت الجَمَّال حكم هربه، وقال أبو بكر: مذهب أحمـد أن الموت لا يفسخ الإجارة، وله أن يركبها ولا يسرف فى علفها ولا يقصر ويرجع بذلك فى مال المـتوفى، فإن لم يكن فى يد المستأجر ما ينفق لم يجز أن يبيع مـنها شيئًا، لأن البيع إنما يجـوز من المالك أو نائبه أو ممن لا ولاية عليه.

59- **مسألة: (وتنفسخ الإجارة بتلف العين المقعود عليها).**

وجملته أن من استأجر عينًا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام: **أحدها:**

فـصل: وكل من استؤجر على عمل فى عين فـلا يخلو إما أن يوقعه وهى فى يد الأجير كالصباغ يصبغ فى حانوته والخياط فى دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغًا منه، لأن المعقود عليه فى مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبـيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتـرى، وأما إن كان يوقع العمل فى ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجـره بمجرد عمله، لأنه فى يد المسـتأجر فيصـير مسلمًا للعمل حـالاً فحالاً، ولو استأجر رجلاً يبنى له حائطًا فى داره أو يحفره فيـها بئرًا لبرئ من العمل واستحق أجره بمجرد عمله، ولو كـانت البئر فى الصـحراء أو الحائـط لم يبرأ بمجـرد العمل، ولو انهارت عـقيب الحفـر أو الحائط بعـد بنائه وقبل تسـليمه لم يـبرأ من العمل نـص عليه أحمـد فى رواية ابن منصور، فإنه إذا قال: استعمل ألف لبنة فى كـذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء، وأما الأجير

أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبـد يموت، فذلك على ثلاثة أضرب: **أحـدها:** أن تتلف قـبل قبضها، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه، لأن المـعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قـبل قبضه، **الثـانى:** أن تتلف عقيب قبضهـا، فإن الإجارة تنفسخ أيضًا ويسقط الأجر فى قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حـكى عنه أنه قال: يستقر الأجر، لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع، وهذا غلط، لأن المعـقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فـأشبه تلفها قبل قبض العين، **الثـالث:** أن تتلف بعـد مضى شىء من المدة، فإن الإجارة تنفسخ فيـما بقى من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر مـا استوفى من المنفعـة، قال أحمد فى رواية إبراهيم بن الحـارث: إذا اكترى بعيرًا بعينه فنفق يعطيه بحساب ما ركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها، ثم ننظر، فإن كان أجر المدة متساويًا فعليه بقدر ما مضى إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر، وإن كان قد مـضى الثلث فعليه الثلث، كما يقسم الثمن على المبيـع المتساوى، وإن كان مـختلفًا كدار أجـرها فى الشتاء أكثر من أجـرها فى الصيف وأرض أجرها فى الصيف أكـثر من الشتاء، أو دار لها موسم كـدور مكة رجع فى تقويمه إلى أهل الخبـرة ويسقط الأجر المـسمى على حسب قـيمة المنفـعة كقسـمة الثمن على الأعـيان المختلفة فى البيع، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شىء إلى مكان معين وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة، وهذا ظاهر مذهب الشافعى.

60- مـسألة: (وموت الصبى المرتضع).

إذا مات الصبى المرتضع انفـسخ العقد، لأنه يتعذر استيفاء المـعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقـامه، لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باخـتلافهم فإنه قد يدر على

الخاص فيستحق أجره بمضى المدة سواء تلف ما عمله أو لم يتلف، نص عليه أحمد فقال: إذا استأجره يومًا فعمل وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء، وذلك لأنه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الأجير المشترك، ولو استأجر أجيرًا ليبنى له حائطًا طوله عشرة أذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئًا حتى يتممه سواء كان فى ملك المستأجر أو فى غيره، لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد، قال أحمد: إذا قيل له: ارفع حائطًا كذا وكذا ذراعًا فعليه أن يوفيه فإن سقط فعليه التمام، وكذا لو استأجره ليحفر له بئرًا عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئًا حتى يتمم حفرها.

أحد الولدين دون الآخر، وهذا منصوص الشافعى، وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الإجارة من أصلها ورجع المستأجر بالأجر كله، وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى.

وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وحكى عن أبى بكر أنها لا تنفسخ ويجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت، لأنه كالدين.

ولنا: أنه هلك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة.

61- مسألة: (وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة) إذا مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة أو كان غائبًا كمن يموت فى طريق مكة ويخلف جمله الذى اكتراه وليس له عليه شىء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة، لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين فأشبه ما لو غصبت، ولأن بقاء العقد ضرر فى حق المكرى والمكترى، لأن المكترى يجب عليه الكراء من غير نفع، والمكرى يمتنع عليه التصرف فى ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه، وقد نقل عن أحمد فى رجل اكترى بعيرًا فمات المكترى فى بعض الطريق، فإن رجع البعير خاليًا فعليه بقدر ما وجب له، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقى من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع، لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه فى الانتفاع، لأن الوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضى على أن المكرى قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع، ولولا ذلك لما انفسخ العقد، لأن لا ينفسخ بعذر فى المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها، ولا يصح هذا، لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئًا من الأجر، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر، لأن المعقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤيس منه بالحبس، لأنه يمكن خروجه فى كل وقت من الحبس وانتفاعه، ويمكن أن يستنيب من يستوفى المنفعة له، إما بأجرة أو غيره بخلاف الميت فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصور.

٩١٠- **مسألة:** قال: (وإن تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها).

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأجير المشـترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط، فـروى عنه لا يضمن، نص عليـه فى رواية ابن منصور وهو قـول طاوس وعطاء وأبى حنيفة وزفر وقول الشافعى، وروى عن أحمد: إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وإن كان غرقًا أو عدواً غالبًا فلا ضمـان، قال أحمد ـ رحمه الله عليه ـ فى رواية أبى طالب: إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه إن كان عدواً أو غرقًا فلا ضمان، ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح فى المذهب الأول، وهذه الرواية تحتـمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه يتهم، ولهذا قال فى الوديعة فى راوية إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه، لأن تخصيص التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفـريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمـر غالب، وقال مالك وابن أبى ليلى: يضـمن بكل حال لقول النبى ﷺ: «على اليد ما أخـذت حتى تؤديه»[٤٦] ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانهما كالمستعير.

62- **مسألة:** (وانقلاع الضرس الذى اكترى لقلعه أو برؤه) وكذلك إن اكترى كحالاً ليكحل عينه فبـرأ أو ذهبت انفسخ العقد، لأنه تعـذر استيفاء المـعقود عليه أشبـه ما لو تعذر بالموت.

63- **مسألة:** (فإن اكترى داراً فانهدمت أو أرضًا للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة فى أحد الوجهين، وفى الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ).

وجـملة ذلك أنه حدث فى العين المكتراة ما يمنع نفـعها، كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها، فإن لم يبق فيهـا نفع أصلاً فهى كالتالفة سواء، وإن بقى فيها نفع غير ما اسـتأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصـة الدار أو الأرض لوضع حطب فيها أو وضع خـيمـة فى الأرض الذى استـأجرها للـزرع، أو صيـد السمك من الأرض التى غـرقت انفسخت الإجـارة أيضًا، لأن المنفعة التى وقع العقـد عليها تلفت فانفسخت الإجـارة كما لو استأجر دابة ليـركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتـدور فى الرحى، وقال القاضى فى الأرض التى انقطع ماؤها: لا تـنفسخ الإجارة فيـها، وهو منصـوص الشافعى، لأن المنفـعة لم تبطل جملة، لأنه يمكن الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات، وإن اختـار إمضاء العقد فـعليه جميع الأجرة، لأن ذلك عـيب، فإذا رضى به سقط حكمه، فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء إمـا لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد

---

(٤٦) تقدم فى المسألة (٨٦١) برقم (٨) المجلد الخامس.

ولنا: أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب، ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها إذا ثبت هذا: فإنه لا أجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف فى يد البائع قبل تسليمه.

فصل: وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف ضمنه، لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له فى إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب.

فصل: إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه، لأنه فوته على مالكه، قال أحمد: يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه، وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه، فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعًا وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجودًا، وإن هلك عند القصار فهل يضمنه؟ فيه روايتان: **إحداهما**: يضمنه، لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم، **والثانية**: لا يضمنه، لأنه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض.

ذلك، والأول أصح، لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالأعيان فى البيع، ولو كان النفع الباقى فى العين مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجهًا واحدًا، لأن المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها، فأما إن أمكن الانتفاع بالعين وفيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء أو كان الماء منحسرًا عن الأرض التى غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما فى خيمة أو غيرها لم تنفسخ الإجارة، لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه ما لو تعيبت، وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا إلا فى الدار إذا انهدمت ففيها وجهان: **أحدهما**: لا تنفسخ الإجارة، **والثانى**: تنفسخ، لأنه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التى تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها، فأما إن كان الحادث فى العين لا يضرها كغرق الأرض بما ينحسر عن قريب بحيث لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه فى زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ، لأن هذا ليس بعيب، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكترى الخيار فى بقية العين، لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الإمساك أمسك بالحصة من الأجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام فى يد البائع.

فـصل: والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكترى بسرق أو بذهاب هل يضمن؟ قال: أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن؟ إذا ذهب لا يضمن، ولا نعلم فى هذا خلافا، وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمة، ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد، أومأ إليه فى رواية ابن منصور، فقيل له: إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله، فقال أحمد: من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه، فأوجب الرد فى العارية ولم يوجبه فى الإجارة والوديعة، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة، وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه، وهذا قول بعض الشافعية، وقال بعضهم: يضمن، لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها.

ولنا: أنها أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فإنها مضمونة فى كل حال بخلاف مسألتنا ولأنه يجب ردها، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة.

64- مسألة: (ولا تنفسخ بموت المكترى أو المكرى).

وهذا قول مالك والشافعى وإسحاق والبتى وأبى ثور وابن المنذر، وقال الثورى وأصحاب الرأى والليث: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما، لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها، لأنه ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر فى تركته.

ولنا: أنه عقد لازم فلم ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات، وما ذكروه لا يصح لأنَّا قد بينا أن المستأجر قد ملك المنافع وأن الأجرة قد ملكت عليه كاملة فى وقت العقد على ما نذكره، ويلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكروه لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب فى تركته بعد موته كما لو حفر بئرًا فوقع فيها شىء بعد موته ضمنه فى ماله، لأن سبب ذلك كان منه فى حياته كذا ههنا.

65- مسألة: (ولا ينفسخ بعذر لأحدهما مثل أن يكترى للحج فتضيع نفقته أو دكانًا فيحترق متاعه).

وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للمكترى فسخها لعذر فى نفسه مثل أن يكترى جملاً ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع

فصل: فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد، لأنه ينافى مقتضى العقد، وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع، وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون: لا نكترى بضمان إلا أنه من شرط على كرى أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شىء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وإن شرطه لم يصح الشرط، لأن ما لا يجب ضمانة لايصيره الشرط مضمونًا، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سئل على ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»(٤٧) فأما إن أكراه عينًا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن، لأنه متعدٍّ لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزًا فحمل اثنين.

فصل: وإن كانت الإجارة فاسدة لم يضمن العين أيضًا إذا تلفت بغير تفريط ولا تعدٍّ، لأنه عقد لا يقتضى الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة، وحكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده، وما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده.

نفقته، أو يكترى دكانًا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لأن هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبدًا فأبق.

ولنا: أنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر فى غير المعقود عليه كالبيع ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر المكرى تسوية بين المتعاقدين ودفعًا للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا، ويفارق الإباق فإنه عذر فى المعقود عليه.

66- مسألة: (وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ والإمضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل).

إذا غصبت العين المستأجر فللمستأجر الفسخ، لأن فيه تأخر حقه فإن فسخ فالحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقًا بل إلى بدل وهو القيمة فأشبه ما لو أتلف الثمرة لمبيعة آدمى قبل قطعها، ويتخرج

---

(٤٧) أخرجه البخارى فى صحيحه (٣/ ٥٦٤/ صحيح) بلفظ «عند». والترمذى (٣/ ح١٣٥٢) والحاكم (٢/ ٤٩، ٥٠).

فـصـل: وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به الـعادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة، وقد صح أن النبى ﷺ نخس بعير جابر وضربه(٤٨) وكان أبو بكر رضي الله عنه يَخْرِشُ(*) بعيره بمحجنه، وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشى والعدو والسير، وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب، قـال الأثرم: سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال: على قـدر ذنوبهم ويتوقى بجهـده الضرب، وإذا كان صغـيراً لا يعقل فـلا يضربه، ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف، وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحـاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمـد، وقال الثورى وأبو حنيـفة يضمن لأنه تـلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر، وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى، لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب.

ولنا: أنه تلف من فـعل مستـحق فلم يضمن كـما لو تلف تحت الحـمل، ولأن الضرب معنًى تضـمنه عقد الإجارة فإذا تـلف منه لم يضمن كالركوب، وفـارق غير المسـتأجر، لأنه متـعدٍّ، وقول الشافـعى: يمكن التأديب بغيـر الضرب لا يصح فإن العادة خـلافه، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لمـا جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلام مسـتغنًى عنه، وإن أسرف فى هذا كله أو زاد على ما يحـصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصـبيان فعليه الـضمان لأنه متعدٍّ حصل التلف بعدوانه.

انفساخ العقد بكل حال على الرواية التى تقول: إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأى، ولأصحاب الشافعى فى ذلك اختـلاف، فإن ردت العين فى أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى مـا بقى منها ويكون فيما مضى من المـدة مخيراً كما ذكـرنا، وإن كانت الإجارة على عمل كخياطـة ثوب أو حمل شىء إلى موضع معين فغصب جمله الذى يحـمل عليه أو عبده الذى يخيط له لم ينفسخ العقد، وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل، لأن العقد على ما فى الذمة كما لو وجد بالمـسلم فيه عيبًا فرده، فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها.

فصل: فإن حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذى فيه العين المستأجرة أو يحصر البلد فيمتنـع خروج المستأجر إلى الأرض المسـتأجرة للزرع ونحو ذلك ثبت للمستـأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعـة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو اكترى دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى موضع مـعين فانقطعت الطريق إليها لخوف حادث، أو اكترى إلى

---

(٤٨) أخـرجه البـخارى (٩/ ح٥٢٤٧/ فـتح) ومسلم (٢/ رضـاع/ ١٠٨٩، ١٠٩٠/ ح٥٨) وأحمـد فى مسنده (٣/ ٣٧٢، ٣٧٣) ولم يذكر فيه «أنه نخس بعير جابر».

(*) ذكره ابن الأثير فى غريب الحديث (٢/ ٢٢).

ويخرش بعيره: يعنى يضربه به ثم يجذبه إليه يريد تحريكه للإسراع، وهو شبيه بالخدش والخنس.

٩١١- **مسألة:** قال: (**ولا ضمان على حجام ولا خَتَّان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم**).

وجملته: أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين: **أحدهما:** أن يكونوا ذوى حذق فى صناعتهم ولهم بها بصارة ومعـرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرمًا فيضمن سرايته كالقطع ابتداء، **الثـانى:** أن لا تجنى أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع، فـإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا، لأنهم قطعوا قطعًا مأذونًا فيه فلم يضـمنوا سرايته كقطع الإمـام يد السارق أو فعل فعلاً مـباحًا مأذونًا فى فعله أشـبه ما ذكرنا، فأما إن كان حاذقًا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع فى غير محل القطع أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها أو فى وقت لا يصلح القطع فيه وأشـباه هذا ضمن فيه كله لأنه إتلاف لا يختلف ضـمانه بالعمد والخطأ فأشبه إتلاف المال ولأن هذا فعل محرم فـيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم فى النزاع والقاطع فى القصاص وقاطع يد السارق، وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافًا.

مكة فلم يحج الناس ذلك العـام من تلك الطريق ملك كل واحـد منهمـا فسـخ الإجارة، وإن اختار إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز، لأن الحق لهما، فأما إن كان الخوف خاصًا بالمسـتأجر كمن خـاف وحده لقرب أعدائه من المـوضع المستأجـر أو خلوهم فى طريقه لم يملك الفسخ، لأنه عذر يخـتص به لا يمنع استيفاء المنفـعة بالكلية أشبه مـرضه، وكذلك لو حبس أو مرض، لأنه ترك استيفاء المنفعـة لمعنًى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركهـا اختيارًا، قال الخرقى: فإن جاء أمـر غالب يحجر المستأجـر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه.

67- **مسألة:** (**ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه**).

لا خلاف بين أهل العلم فى جواز اسـتئجار الآدمى، وقد أجر موسى عليـه السلام نفسه لرعيه الغنم، واستأجر النبى ﷺ وأبو بكر رجلاً لـيدلهما على الطريق، ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت إجارته كـالدور، ثم إجارته تنقسم قسمين: **أحدهـما:** استئـجاره مدة بعينها لعـمل معين كإجارة مـوسى عليه السلام نفسه ثمـانى حجج لرعى الغنم، **والثـــانى:** استئـجاره على معين فى الذمة كاسـتئجار النبى ﷺ وأبى بكر رجلاً لـيـدلهما على الطريق، واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك بنوعين: **أحدهما:** أن تقع الإجارة على عين كإجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين، **والثانى:** أن تقع على عمل فى الذمة كخياطة قميص وبناء حائط، فمتى كانت على عمل فى ذمته فمرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله، لأنه حق وجب فى ذمـته فوجب عليـه إيفاؤه كالمسلم فـيه، ولا يلزم المسـتـأجر

فــصـل: وإن ختن بغير إذن وليه أو قطع سلعة من انســان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غيـر مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعًا.

فصل: ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة، لا نعلم فيه خلافًا ، ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعًا فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة.

فصل: ويجوز أن يستأجر حجامًا ليحجمه وأجره مباح ، وهذا اختيار أبى الخطاب، وهذا قول ابن عباس قال: أنا آكله، وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن على بن الحسين وربيعــة ويحيى الأنصــارى ومالك والشافـعى وأصحاب الرأى، وقــال القاضى: لا يبـاح أجر الحجام، وذكر أن أحمد نص عليه فى مواضع وقــال: وإن أعطى شيئًا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه فى علف دوابـه وطعمة عبيده ومؤنة صناعـته ولا يحل له أكله، وممن كره كسب الـحجام عـثمـان وأبو هريرة والحسن والنخـعى وذلك لأن النبى ﷺ قـال: «كسب الحجام خبيث»[٤٩] رواه مسلم وقال: «أطعمه ناضحك ورقيقك»[٥٠].

ولنا: ما روى ابن عـباس قـال: «احتجم النبى ﷺ وأعطى الحـجام أجـره، ولو علمه حرامًا لم يعطه» متفق عليه[٥١]، وفى لفظ: «لو علمه خبيثًا لم يعطه» ولأنهـا منفعة مباحة لا

إنظاره، لأن العقد بإطلاقه يقتضى التعجيل وفى التأخير إضرار به، فأما إن كانت الإجارة على عينه فى مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه، لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شىء فى ذمته وعمل غـيره ليس بمعقود عليه فـأشبه ما لو اشترى معـينًا لم يجز أن يدفع إليه غيـره ولا يبدله له بخلاف ما لو وقـع فى الذمة فإنه يجوز إبدال الـمعيب، ولا ينفسخ العـقد بتلف ما يسلمـه والمبيع المـعين بخلافه فكذلـك الإجارة، فإن كانت الإجـارة على عمل فى الذمة لكن لا يقوم غـير الأجير مـقامه كالنسخ فإنه يخـتلف القصد فيه بـاختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ولا يلزم المســتأجر قبول ذلك إن بذله الأجير، لأن العوض لا يحصل من غير النـاسخ كحصوله منه فـأشبه ما لو أسلم إليه فـى نوع فسلم إليه غيـره وكذلك كل ما يختلف باختلاف الأعيان.

---

(٤٩) أخـرجه مـسلم (٣/ مسـاقـاة/ ١١٩٩/ ح ٤١) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢١) والترمـذى (٣/ ح١٢٧٥) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٦٢١) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٤، ٤٦٥) وأيضًا (٤/ ١٤١).

(٥٠) أخـرجه أبو داود (٣/ ح٣٤٢٢) والتـرمذى (٣/ ح١٢٧٧) وابن مـاجه (٢/ ح٢١٦٦) بلفظ «اعلفـه نواضـحك» وأحمـد فى مسنده (٣/ ٣٨١) بلفظ ابن مـاجه، والإمـام مالك فى المـوطأ (٢/ ٩٧٤) وإسناده صحيح.

(٥١) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٧٩/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٥/ ح٦٥) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٣) بلفظ: «لو علمـه خـبيـثًا لم يـعطه» وابن ماجـه (٢/ ح٢١٦٢) وأحـمد فى مـسنده (٥/ ح٣٢٨٤/ شاكر).

يختص فاعلها أن يكون من أهل القـربة فجاز الاستئجار عليهـا كالبناء والخياطة، ولأن بالناس حاجة إليها، ولا نجد كل أحد متبرعًا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع، وقول النبى ﷺ فى كسب الحجـام: «أطعمه رقيقك» دليل على إباحة كـسبه، إذ غير جائز أن يطعم رقـيقه ما يحرم أكله فـإن الرقيق آدمـيون يحرم عليـهم ما حـرمه الله تعالى كـما يحـرم على الأحرار، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكُّم لا دليل عليـه، وتسميته كسبًا خبيثًا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبى ﷺ الثوم والبصل خبيثين[٥٢] مع إباحتهما.

وإنما كره النـبى ﷺ ذلك للحر تنزيهًا لدناءة هذه الصناعة، وليس عـن أحمد نص فى تحريم كسب الحـجام ولا الاستئجـار عليها، وإنما قال: نحن نعطيـه كما أعطى النبى ﷺ ونقول له كمـا قال النبى ﷺ لما سئل عن أكله نهاه، وقـال: «اعلفه الناضح والرقيق» وهذا معنى كلامه فى جميع الروايات، وليس هذا صريحًا فى تحريمه، بل فيه دليل على إباحته كما فى قول النبى ﷺ وفعله على ما بينا، وإن إعطاءه للحجـام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليـه، وهو ﷺ يعلم الناس وينهاهم عن المـحرمات فكيف يعطيـهم إياها ويمكنهم منها، وأمره بإطعـام الرقيق منها دليل على الإباحة فـيتعين حمل نهيـه عن أكلها على الكراهة دون التحريم، وكذلك قـول الإمام أحمد، فإنه لم يخرج عن قـول النبى ﷺ وفعله، وإنما قصد اتباعه ﷺ، وكذلك سـائر من كرهه من الأئمة يتـعين حمل كـلامهم على هذا، ولا

68- مـسألة: (وإن وجد العين معيبة فله الفسخ).

كما لو وجد المبـيع معيبًا وقد ذكرناه، وإن حدث بها عـيب فله الفسخ وأجرة ما مضى، لأن البائع لا يحصل قبضـها إلا بالاستيفاء فهى كالمكيل يتعيب قـبل قبضه، فإن بادر المكرى إلى إزالة العيب من غير ضـرر يلحق المستأجر كدار تشـعثت فأصلحها، ولا خيار للمـستأجر لعدم الضرر وإلا فله الفسخ، وإن سكنها مع عيبها فعليه الأجرة علم أو لـم يعلم، لأنه استوفى جميع المعقود عليه معيبًا فلزمه البدل كالمبيع المعيب إذا رضيه.

69- مـسألة: (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ فى إحدى الروايتين).

يصح بيع العين المستأجـرة، نص عليه أحمد، سواء باعها للمستـأجر أو لغيره وهو أحد قولى الشافـعى، وقال فى الآخر: إن باعها لغيـر المستأجر لم يصح، لأن يد المسـتأجر تمنع التسليم إلى المشترى فمنعت الصحة كما فى بيع المغصوب.

---

(٥٢) أخرجه مـسلم (١/ مساجد/ ٣٩٦/ ح٧٨) بلفظ «أيها الناس إنكم تأكلون من شـجرتين لا أراهما إلا خبيثتين هذا البصل والثوم» من حديث عمر بن الخطاب، وأبو داود (٣/ ح٣٨٢٤) بلفظ: «ومن أكل من هذه البقلة الخبـيثة فلا يقربن مـسجدنا» ثلاثًا، من حديث حذيـفة، والنسائى (٢/ ح٧٠٧) بلفظ مسلم، وابن ماجه (١/ ح١٠١٤) بلفظ مسلم، وأحمد فى مسنده (١/ ١٥، ٢٨) بلفظ مسلم.

يكون فى المسألة قائل بالتحريم، وإذا ثبت هـذا فإنه يكره للحر أكل كسب الحـجام، ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لما فيها من الأخبار، ولأن فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح، وعلى هذا يحمل قـول الأئمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمـعًا بين الأخبار الواردة فيها وتوفيقًا بين الأدلة الدالة عليها، والله أعلم.

فـــصل: فأما استئجار الحجام لغير الحجـامة كالفصد وحلق الشعر وتقصـيره والختان وقطع شيء من الجسـد للحاجة إليه فـجائز، لأن قول النبى ﷺ: «كسب الحـجام خبيث» يعنى بالحجامة كما نهى عن مهر البغى أى فى البغاء، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيـثًا بغير خـلاف، وهذا النهى مخالف للقيـاس مختص بالمحل الـذى ورد فيه، ولأن هذه الأمور تدعو الحاجـة إليها ولا تحريم فيهـا فجازت الإجارة وأخذ الأجر عليهـا كسائر المنافع المباحة.

فصل: ويجوز أن يستأجر كحالاً ليكحل عينه لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لأن العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة فى كل يوم أو مرتين، فأما إن قدرها بالبرء، فقال القاضى لا يجوز لأنه غير معلوم.

وقال ابن أبى موسى: لا بأس بمشارطة الطبيـب على البرء لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، والصـحيح ـ إن شاء الله ـ أن هذا يجوز لكن يكون جعـالة لا إجارة، فإن الإجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم، فأما الجـعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق، وحديث أبى سعـيد فى الرقية إنما كان جـعالة فيجوز هـهنا مثله، إذا ثبت هذا، فإن الكحل إن كان من العليل جاز، لأن آلات العمل تكون من المـستأجر كاللبن فى البناء والطين

ولنا: أن الإجارة عقد عـلى المنافع فلم تمنع الصحة كبيع الأمة إذا زوجـها، قولهم: يد المستأجـر تمنع التسليم لا يصح، لأن يد المستأجر إنما هى على الـمنافع والبيع على الرقبة، فلا يمـنع ثبوت اليـد على أحدهمـا تسليم الآخر كـما لو باع الأمة الـمزوجة، ولأنهـا منعت التسليم فى الحال فلا تمنع فى الوقت الذى يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الإجارة ويكفى القدرة على التسليم حينئذ كـالمسلم فيه، وقال أبو حنيفة: البيع موقوف عـلى إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة وإن رده بطل.

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه فى الإجارة فلم تعتبر إجازته كبيع الأمة المزوجة، إذا ثبت هذا فإن المـشترى يملك المبـيع مسلوب المنفعة إلى حـين انقضاء الإجارة ولا يـستحق تسليم العين إلا حـينئذ، لأن تسليم العين إنما يراد لاسـتيفاء نفعـها، وإنما يستحق نفـعها إذا انقضت الإجارة، فهو كـمن اشترى عينًا فى مكان بعيد لا يستحق تسليمـها إلا بعد مضى مدة يمكن إحضارها فـيه وكالمسلم إلى وقت لا يستـحق تسليم المسلم فيه إلا فى وقـته، فإنه لم يعلم المشترى بالإجارة خير بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن، لأن ذلك عيب ونقص.

والآجر ونحـوها، وإن شارطه على الكحل جـاز، وقال القـاضي: يحتـمل أن لا يجوز، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط.

ولنا: أن العادة جارية، ويشق على العليل تحـصيله وقد يعجز عنه بالكلية فـجاز كالصبغ من الصباغ واللبن من الرضاع والحبر والأقـلام من الوراق، وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول، وفارق لبن الحـائط لأن العادة تحصـيل المستأجـر له، ولا يشق ذلك بخلاف مسـألتنا، وقال أصحـاب مالك: يجوز أن يستـأجره ليبنى له حـائطًا والآجر من عنده، لأنه اشتـرط ما تتم به الصنعة التى عقد عليها، فإذا كان مباحًا معـروفًا جاز، كما لو استأجره ليصبغ ثوبًا والصبغ من عنده.

ولنا: أن عقد الإجارة عقد علـى المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبـيعتين فى بيعة، ويفارق الصبغ، وما ذكرنا من الصورة التى جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية، إليه لأن تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقـد يكون الصبغ لا يحصل إلا فى حيث تحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج إليها فى صبغ هذا الثوب، فجاز لمسيس الحاجة إليه بخلاف مسألتنا.

فـصل: ويصح بيعها للمـستأجر، لأنه إذا صح بيعها لغيره فله أولى، لأن العين فى يده وهل تبطل الإجـارة؟ فيه وجـهان: **أحـدهمـا:** لا تبطل، لأنه ملك المنفـعة ثم ملك الرقـبة المسلوبة بعقد آخر فـلم يتنافيا، كما يملك الثمرة بعقد ثم يـملك الأصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى له بالمنفـعة مالك الرقـبة صحت الإجارة فـدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العـقد على الرقبة، ولذلك لو استأجر المالك العين المسـتأجرة من مستأجرها جاز، فعلى هذا يكون الأجر باقيًا على المشترى وعليه الثمن ويجتمـعان للبائع كما لو كان المشترى غيره، **والثـانى:** تبطل الإجارة فيما بقى من المدة، لأنه عقد على منفعة العين فبطل بملك العاقد الرقبة كما لو تزوج أمة ثم اشـتراها بطل نكاحـه، ولأن ملك الرقبـة يمنع ابتداء الإجـارة فمنع استـدامتـها كالنكاح، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من مدة الإجارة كما لو بطلت الإجارة بتلف العين، وإن كـان المؤجر قـد قبض الأجر كله حسـبه عليه من الثـمن إن كان من جنس الثمن.

فـصل: فإن رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها فى بطلان الإجارة وبقائـها، فلو استأجر إنسان من أبيه دارًا ثم مات الأب وخلف ابنين أحدهما المستأجر فالدار بينهما نصفين والمـستأجر أحق بمنفعتها، لأن النصف الذى لأخيه الإجـارة باقية فيه والنصف الذى ورثه يستحقه إما بحكم الملك أو بحكم الإجارة وما عليه من الأجرة بينهما نصفين، فإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع على أخيه بشىء منه ولا على تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين، لأنه لو رجع بشىء أفضـى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفًا مسلوب المنفـعة والله سبحانه قد سوى بينهمـا فى الميراث، ولأنه لو رجع بنصف أجر

فـصل: وإذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الأجر، وبه قال الجماعة، وحكى عن مالك أنه لا يستحق أجرًا حتى تبرأ عينه، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الأجر، وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يومًا أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه، وإن برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة، لأنه قد تعذر العمل، فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب وكذلك لو مات، فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الأجر بمضى المدة كما لو استأجره يومًا للبناء فلم يستعمله فيه، فأما إن شارطه على البرء فإنه يكون جعالة فلا يستحق شيئًا حتى يوجد البرء سواء وجد قريبًا أو بعيدًا، فإن برئ بغير كحلة أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شىء له، وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله، فإن فسخ الكحال فلا شىء له لأنها جعالة فثبت فيها ما ذكرناه.

النصف الذى انقضت الإجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التى بطلت الإجارة فيها، إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره.

فـصل: فإن اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها، فإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة بالبيع فهى باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع، وإن قلنا: قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين، فإن كان المشترى أجنبيًا فرد المستأجر الإجارة لعيب فينبغى أن تعود المنفعة إلى البائع، لأنه يستحق عوضها على المستأجر، وإذا سقط العوض عاد إليه المعوض، ولأن المشترى ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة فلا يرجع إليه ما لم يملكه، وقال بعض أصحاب الشافعى: يرجع إلى المشترى، لأن المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الإجارة، فإذا زالت عادت إليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قال شيخنا: ولا يصح هذا القياس، لأن منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشىء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الأجر فى الإجارة فإن المؤجر يستحق الأجر فى مقابلة المنفعة مقسومًا على مدتها، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع إليه بعوضها وهو المنفعة، ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع لملكت بغيرهما، ولأنها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها.

فـصل: وإذا وقعت الإجارة على عين كمن استأجر عبدًا للخدمة أو للرعى فتلف انفسخ العقد وقد ذكرناه، وإن خرجت العين مستحقة تبينا أن العقد باطل، وإن وجد بها عيبًا فردها

فـصل: ويجوز أن يستأجر طبيبًا ليداويه، والكلام فيه كالكلام فى الكحال سواء، إلا أنه لا يجـوز اشتـراط الدواء على الطبـيب لأن ذلك إنمـا جاز فى الكـحال على خـلاف الأصل للحاجـة إليه وجـرى العادة به، فلم يوجد ذلك المـعنى هـهنا، فـثبت الحكم فـيه على وفق الأصل، والله أعلم.

فـصل: ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه، لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلهـا كالختـان، فإن أخطأ فقلع غـير ما أمـر بقلعه ضمنه، لأنــه من جنايته، وإن برئ الضرس قبل قلعه انفـسخت الإجارة لأن قلعه لا يجوز، وإن لم يبرأ لكن امتنع المـستأجر من قلعه لم يجبـر عليه، لأن إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل، وإنمـا أبيح إذا صار بقاؤه ضررًا وذلك مـفوض إلى كل إنسان فى نفـسه ـ إذا كان أهلاً لذلك ـ وصـاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة.

فـصل: ومن استؤجر على عمل موصوف فى الذمـة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الأجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل، كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها، ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة لأن المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسألتنا.

انفسخ العقد أيضًـا ولم يملك إبدالها، لأن العقد على معين فتثـبت هذه الأحكام كمن اشترى عينًا، وإن وقـعت على عين مـوصوفـة فى الذمة انعكست هذه الأحكـام فمن سلم إليـه عينًا فتلفت أو خرجت مغصوبة أو وجد بها عيبًا فردها لم تنفسخ الإجارة ولزم المؤجر إبدالها، لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر ذلك فى إبطال العقد كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ما قرر فى موضعه، **فإن قيل:** فقد قلتم فيمن اكترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله، ولو اكـترى أرضًا لزرع شىء بعـينه جاز له زرع ما هو مـثله أو دونه فى الضرر، فلم قلتم إذا اكترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله؟ **قلنا:** المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع إليه غير المعقـود عليه كما لو اشترى عينًا لا يجوز أن يأخذ غيـرها والراكب غير معقود عليه إنما هو مستوف للمنفـعة، وإنما يشترط معرفته لتقدر به المنفـعة لا لكونه معقودًا عليه، وكذلك الزرع فى الأرض فإنما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها، كما لو وكل المشترى غيره فى استيـفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الأرض انفسخت الإجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا.

فـصل: قال الشـيخ ﷺ: **(ولا ضمان على الأجيـر الخاص وهو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر فيما تلف فى يده إلاَّ أن يتعدى).**

وجملته أن الأجير على ضربين: خاص ومشترك، فالخاص الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المـستأجر نفعه فى جميـعها كمن استؤجر لخدمة أو خـياطة أو رعاية شهرًا أو

٩١٢- **مسألة:** قال: (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد).

لا نعلم خلافًا فى صحة استئجار الراعى، وقد دل عليه قول الله تعالى مخبرًا عن شعيب أنه قال: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) وقد علم أن موسى عليه السلام إنما آجر نفسه لرعاية الغنم، إذا ثبت هذا فإنه لا ضمان على الراعى فيما تلف من الماشية ما لم يتعد، ولا نعلم فيه خلافًا إلا عن الشعبى، فإنه روى عنه أنه ضمن الراعى.

سنة، سمى خاصًا، لأن المستأجر يختص بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو بناء حائط وحمل شىء إلى مكان معين أو على عمل فى مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب سمى مشتركًا، لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين أو أكثر فى وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون فى منفعته فسمى مشتركًا لاشتراكهم فى منفعته، فأما الأجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد، قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزرًا فسقط الرطل من يده فانكسر: لا ضمان عليه، فقيل: أليس هو بمنزلة القصار؟ قال: لا، القصار مشترك، قيل: فرجل اكترى رجلاً يستقى ماء فكسر الجرة؟ فقال: لا ضمان عليه، قيل له: فإن اكترى رجلاً يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به؟ قال: لا ضمان عليه، وهذا مذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعى، وله قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون، وروى فى مسنده أن عليًا كان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح للناس إلا هذا.

ولنا: أن عمله غير مضمون عليه لم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق وخبر على مرسل، والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وإن روى مطلقًا حمل على هذا فإن المطلق يحمل على المقدر، ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك فى صرف منافعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب، فأما ما تلف بتعديه فعليه ضمانه مثل الخباز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق، لأنه تلف بتعديه فضمن كغير الأجير.

فصل: وإن استأجر الأجير المشترك أجيرًا خاصًا كالخياط فى دكان يستأجر أجيرًا مدة يستعمله فيها فيقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجير فخرقه أو أفسده لم يضمنه، لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان، لأنه أجير مشترك.

70- **مسألة:** (ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه فى تفصيله).

قد ذكرنا أن الأجير المشترك هو الصانع الذى لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك إذا أفسد حياكته فهو ضامن لما أفسد، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور،

ولنا: أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كـالمودع ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غـير تعد كالعين المستأجـرة فأما ما تلف بتعديه فيضـمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن السـائمة أو يغفل عنهـا أو يتركها تتـباعد منه أو تغـيب عن نظره وحفظه، أو ضربها ضربًا يسرف فـيه أو فى غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليـه أو سلك بها موضعًا تتعرض فـيه للتلف وأشبـاه هذا مما يعد تفـريطًا وتعديًا فتتلف به فـعليه ضمانهـا لأنها تلفت بعدوانه فضمنهـا كالمودع إذا تعدى، وإن اختلفا فى التعدى وعدمـه فالقول قول الراعى، لأنه أمين، وإن فعل فعـلاً اختلفا فى كونه تعديًا رجع إلى أهل الخبـرة، ولو جاء بجلد شاة وقال: ماتت قبل قـوله، ولم يضمن، وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قـوله، والصحيح الأول، لأن الأمناء تقبل أقوالهم كـالمودع، ولأنه يتعذر عليه إقـامة البينة فأشبـه المودع، كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتى بجلدها.

* * *

والقصار ضامن لمـا يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضـامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خـبزه، والحمال يضمن لما يسقط من حمله عن دابته أو تلف من عثـرته، والجمال يضـمن ما تلف بقوده وسـوقه وانقطاع حبله الذى يشـد به حمله، والملاح يضمن ما تلـف من مده أو جذفه أو ما يعالج به السفـينة، روى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم، وهو قـول أبى حنيفة ومالك وأحد قولى الشافعى وقال فى الآخـر: لا يضمن ما لـم يتعد، قـال الربيع: هذا مذهب الشافـعى وإن لم يبح به، يروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر، ولأنهـا عين مقـبوضة بعقـد الإجارة فلم تصر مضـمونة كالعين المستأجرة.

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيـه عن على أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال: لا يصلح الناس إلا على ذلك، وروى الشافعى بإسناده عن على أنه كـان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا، ولأن عمل الأجـير المشـترك مضـمون عليه فـما تولد منه يجب أن يكون مضمونًا كـالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير الخاص، والدليل على أن عـمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثـوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيـما عمل فـيه وكان ذهاب عـمله من ضمانه بـخلاف الخاص فـإنه إذا أمكن المستـأجر من استعماله استحق العوض بمضى المدة وإن لم يعمل وما عمل فيه من شىء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

فصل: ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه كالخباز يخبز في تنوره والقصار والخياط فى دكانيهما، قال: ولو دعا الرجل خبازًا فخبز له فى داره أو خياطًا أو قصـارًا ليقصر ويخيط عنده لا ضمـان عليه فيما أتلف ما لم يفـرط، لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فـصار كالأجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع المـلاح فى السفينة أو راكبًا

فـصل: ولا يصح العقد فى الراعى إلا على مدة معلومة، لأن العمل لا ينحصر، ويجوز العقد على رعى ماشية معينة وعلى جنس فى الذمة، فإن عقد على ماشية معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبداله ويبطل العقد بتلفها، وإن تلف بعضها بطل عـقد الإجارة فيه وله أجر ما بقى منها بالحـصة، وإن ولدت سخالاً لم يكن عليه رعيها، لأنها زيادة لم يتناولها العقد، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها، لأنها ليست المعقود

على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكارى، لأن يد صاحب المتاع لم تزل، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمن الجمال، لأن رب المتاع لم يسلمه إليه ومذهب مالك والشافـعى نحو هذا، قال أصحاب الشافعى: ولو كان العمل فى دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئًا وهو معه لم يضمن، لأن يده عليه فلم يضـمن من غير جناية ويجب له أجـر عمله، لأن يده عليه فكلمـا عمل شيئًـا صار مسلمًا إليه، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العـمل حاضرًا عنده أو غائبًـا أو كونه مع الملاح أو الجمـال أو لا، ولذلك قال ابن عقيل: ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكارى بشده المـتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المـتاع معه أو لم يكن، لأن وجوب الضمان عليـه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان، ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكبًا معه تعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما فلم يسـقط ذلك الضمان كما لو رمى إنسانًا متترسًا فكسر ترسه وقتله، ولأن الطبيب والختَّان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون، وقد ذكر القاضى أنه لو كـان حمالاً يحمل على رأسـه ورب المتاع معه فـعثر فقسط المـتاع فتلف ضمن، وإن سـرق لم يضمن لأنه فى العثار تلف بجـنايته، والسرقة ليـست من جنايته، ورب المال لم يحل بينه وبينه، وهذا يقتضى أن تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجـوب الضمان فى محل النزاع أولى، لأن الفـعل فى ذلك المكان مقصـود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فإذا وجب الضمان ههنا فثَمَّ أولى.

فــصل: وذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر على حمله عـبيدًا صغارًا أو كبارًا فلا ضمان على المكارى فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة، لأنه عقد على منفعـة، والأولى وجوب الضمـان لأن الضمـان ههنا من جهة الجناية فـوجب أن يعم بنى آدم وغيرهم كسائر الحيوانات، وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والخاتن.

71- مـسـألة: (ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له فيما عمل فيه، وعنه يضمن).

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأجير المشـترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط، فروى عـنه: لا يضمن فى رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبى حـنيفة

عليها، وإنما يستوفى المنفعة بها فأشبـه ما لو استأجر ظهرًا ليركبه جاز أن يركب غيره مكانه، ولو استأجر دارًا ليسكنها جاز أن يسكنها مثله، ولو استأجر أرضًا ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها فى الضـرر أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفـعة الراعى ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع، ويفـارق الثوب فى الخـياطة لأن الثيـاب فى مظنة الاخـتلاف فى سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعى، فعلى هذا إبدالها بمثلها، وإن تلف بعضها لم ينفسخ

وزفر وقول للشـافعى، وروى عن أحمد: إن كان هلاكـه بما يستطاع ضمنه وإن كـان غرقًا أو عدوًا غالـبًا فلا ضمان علـيه، قال أحمد فـى رواية أبى طالب: إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعـه ضمنه وإن كان عـدوًا أو غرقًا فلا ضـمان، ونحو هذا قال أبو يوسف، والصـحيح فى المذهـب الأول، وهذا الرواية تحتـمل أنه إنما أوجب عليـه الضمـان إذا تلف من بين متـاعه خاصة، لأنه يتهم ولهذا قال فى الوديعـة فى رواية: إنه يضمن إذا ذهبت من بين ماله فأما فى غير ذلك فلا ضمان عليه، لأن تخصـيصه التضمين بما إذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غـالب، وقال مالك وابن أبى ليلى: يضمن بكل حـال لقول النبى ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[30] ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير.

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفهـا بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولأنه قبضها بإذن مالكهـا لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشـريك والمستأجر، ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها والخبر مـخصوص بما ذكرنا من الأصول فنخص محل النزاع بالقياس عليهـا، إذا ثبت هذا فإنه لا أجر له فـيما عمل فـيها لأنه لم يسلم عـمله إلى المستـأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف فى يد البائع قبل تسليمه.

72- مـسـألة: (ولا ضمان علي حجام ولا خَـتَّان ولا نزاع ولا طبيب إذا علم منهم حذق ولم تجن أيديهم).

وجـملة ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين: **أحدهـما:** أن يكونوا ذوى حذق فى صناعتـهم لأنه إذا لم يكن كذلك لم تحل له مباشـرة القطع، فإذا قطع مع هذا كان فعـلاً محرمًا فضمن سـرايته كالقطع ابتداء، وقد قال الـنبى ﷺ: «من تطبب بغير علم فهو ضامن»[31] رواه أبو داود، **والثانى:** أن لا تجنى أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع، فإذا

---

(30) تقدم برقم (٤٦) من كتاب المغنى.

(31) أخرجه أبو داود (٤/ ح٤٥٨٦) من حديث ابن عباس، وابن ماجه (٢/ ح٣٤٦٦) من حديث عمرو بن شعيب، والنسائى (٨/ ح٤٨٤٥) والحاكم (٤/ ٢١٢) من حديث عـمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى، والدارقطنى (٤/ ٢١٦).

العقـد فيـه وكان له إبداله، وإن وقع الـعقد على مـوصوف فى الذمـة فلا بد من ذكـر جنس الحيـوان ونوعه إبلاً أو بقرًا أو غنمًا أو ضـأنًا أو معزًا، وإن أطلق ذكر البـقر والإبل لم يتناول الجوامـيس والبخاتى، لأن إطلاق الاسم لا يتناولهـا عرفًا، وإن وقع العقـد فى مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يـراه منها كالغنم، لأن كل نوع له أثر فى إتعاب الراعى، ويذكر الكبر والصغر فـيقول: كبارًا أو سخالاً أو عجاجـيل أو فصلانًا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف إلى بعضها فيغنى عن الذكر، وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه

وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعًا مأذونًا فـيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق، فـأما إن كان حـاذقًا وجنت يده مـثل أن يجاوز قطع الختـان إلى الحشـفة أو إلى بعضها أو يقطع فى غير محل القطع أو قطع سلعة من إنسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها أو فى وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانـه بالعمد والخطأ فأشبه إتلاف المـال، ولأنه فعل محرم فيضمن سـرايته كالقطع ابتـداء، وكذلك الحكم فى النزاع والقـاطع فى القـصاص وقـاطع يد السارق، وهذا مـذهب الشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم فيه خلافًا.

فـصل: **فإن ختن صبيًا بغير إذن وليـه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه فـسرت جنايتـه ضمن** ، لأنه قطع غير مأذون فيـه، وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعًا.

73- مسألة: **(ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد)** .

يصح استـئجار الراعى بغـير خلاف علمناه، وقـد أجر موسى عليـه السلام نفســه لرعاية الغنم، إذا ثبت ذلك فإنه لا يضمن مـا تلف من الماشية إذا لم يتعد أو يفـرط فى حفظها، لا نعلم فيه خلافًا إلا ما روى عن الشعبى أنه كان يضمن الراعى.

ولنا: أنه مؤتمن على حفظهـا فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كـالمودع، ولأنه قبض العين بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعدٍّ كالعين المسـتأجرة، فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خـلاف مثل أن ينام عن الماشيـة أو يغفل عنها أو يتركـها تتباعـد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف فى ضربها أو يضربها فى غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه أو يسلك بها موضعًـا تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا ممـا يعد تفريطًا وتعديًا فتتلف به فيـضمنها، لأنها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع إذا تعدى، فإن اخـتلفا فى التعدى وعدمه فالقول قول الراعى، لأنه أمين وإن فـعل فعـلاً اختلفا فى كـونه تعديًا رجع إلى أهل الخـبرة، ولو جـاء بجلد شاة وقال: ماتت قُبِلَ قوله ولم يضمن، وعن أحمـد أنه لا يقبل قوله ويضمن، والصحيح الأول، لأن الأمناء يقبل قولهم كالمودع، ولأنه يتعذر عليه إقامة البينة فى الغالب أشبه المودع وكذلك إذا ادعى موتها ولمن يأت بجلدها.

رعى زيادة عليها لا من سخالها ولا من غيـرها، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشـافعى، وقال القـاضى: يصح، ويحمل على مـا جرت به العادة كـالمائة فى الغنم ونحوها وهو قـول بعض أصحاب الـشافعى والأول أصح، لأن العـادة فى ذلك تختلف وتتباين إذ العمل يختلف باختلافه.

فـصل: فيمـا تجوز إجارته، تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بهـا مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالأرض والدار والعبد والبـهيمة والثياب والفسطاط والحبـال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشباه ذلك، وقد ذكرنا كثـيراً مما تجوز إجارته فى مواضعه وتجوز إجـارة الحلى نص عليـه أحمـد فى رواية ابنه عبـد الله وبهذا قـال الثورى والشـافعى وإسحاق وأبو ثور وأصـحاب الرأى، وروى عن أحمد أنه قال فى إجـارة الحلى: ما أدرى ما هو؟ قال القـاضى: هو محمول على إجـارته بأجرة من جنسه، فـأما بغير جنسـه فلا بأس به لتصريح أحـمد بجوازه، وقال مالك فى إجارة الحلـى والثياب: ما هو من المشتـبهات ولعله

فـصل: ولا يصح العقد فى الرعى إلا على مدة معلومة، لأن العمل لا ينحصر، ويجوز العقد على رعى ماشية معينة وعلى جنس فى الذمة، فإن عقد على معينة كمائة شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيـانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعـينه فلا يجوز إبداله، ويبطل العقد بتلفها، فـإن تلف بضعها بطل العقـد فيه وله أجر ما بقى بالحـصة، وإن ولدت لم يكن عليه رعى سخالها، لأنها زيادة لا يتناولها العقد ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها، لأنها ليست المعقود عليها إنما لتستوفى المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه فله أن يركـب غيره مكانه، ولو استـأجر داراً ليسكنهـا فله أن يسكنها مثله وإنمـا المعقـود عليه منفعـة الراعى ولهذا تجب له الأجرة إذا سلم نفسه وإن لم يرع، ويفارق الثوب فى الخياطة، لأن الثياب فى مظنة الاختلاف فى سهولة خياطتها ومشقتهـا بخلاف الرعى، فعلى هذا له إبدالها بمثلها، وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له إبداله.

فصل: فإن وقع العقد على موصوف فى الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه، إبلاً أو بقراً أو غنمًا أو ضأنًا أو معزًا، وإن أطلق ذكر البـقر والإبل لم يتناول الجواميس والبخاتى، لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفـًا إلا أن يقع العقد فى مكان يتناولها الاسم فيـحتاج إلى ذكر نوع ما يرعاه منها كالغنم، لأن كل نوع له أثر فى إتعاب الراعى، ويذكـر الكبر والصغر فيقول كبـاراً أو صغاراً أو عـجاجيل أو فـصلانًا إلا أن يكون ثَمَّ قرينة أو عـرف صارف إلى بعضـها فيكتفى بذلك، ومتى عـقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليـه رعى زيادة من سخالها ولا من غيرها، وإن أطلق ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال القاضى: يصح ويحمل عـلى ما جرت به العـادة كالمائة من الغنم ونـحوها، وهو قول بعض أصـحاب الشافعى، والأول أصح، لأن العادة فى ذلك تختلف وتتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه.

يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المـقاصد، الأصلية، ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنهـا تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كـانت يسيرة فيحصل الأجر فى مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضى إلى بيع ذهب بذهب وشىء آخر.

74- **مسألة: (وإذ حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه)** لأنه لم يرهـنه عنده ولا أذن له فى إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب.

75- **مسألة: (فإن أتلف الثوب بعد عمله خير المالـك بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه الأجرة).**

وكذلك لو وجب عليـه ضمان المتـاع المحمول فـصاحبـه مخير بين تضـمينه قيمـته فى الموضع الذى سلمه إليه ولا أجرة له وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده ويعطيه الأجرة إلى ذلك المكان، وإنما كان كذلك، لأنه إذا أحب تضمـينه معمولاً أو فى المكان الذى أفسده فيه فله ذلك، لأنه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه وما سلم إليه فلا يلزمه.

فصل: إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه، لأنه فوته على مالكه، قال أحمد: يغـرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا عـلم أنه ليس بثوبه ويرده إلى القصار ويطالبه بثوبه، فإن لم يعلم القابض حتى قطعـه ولبسه ثم علم رده مقطوعًا وضمن أرش القطع وله مطالبتـه بثوبه إن كان مـوجودًا، وإن هلك عند القـصار ضمنه فى إحـدى الروايتين، لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم، **والثانية:** لا يضمنه، لأنه لا يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض.

فـصل: والعين المستأجرة أمانة فى يد المسـتأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكرون الخيمة إلى مكة فتذهب من المكترى بسرق هل يضمن؟ قال: أرجو أن لا يضـمن، وكيف يضمن؟! إذا ذهب لا يضمن ولا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمـته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمـة، ويخالف العارية فإنه لا يسـتحق منفعـتها، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وليس عـليه الرد أومأ إليه فى رواية ابن منصور، قيل له: إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحملها فـقال أحمد: من استعار شيئًا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد فى العارية ولم يوجبـه فى الإجارة والوديعة، ووجه ذلك أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنتـه كالوديعة بخلاف العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها، وعلى هذا متى انقضت المـدة كانت العيـن فى يده أمانة كالـوديعة إن تلفت من غـير تفريط فلا ضـمان عليه وهو قول بعض الشـافعية، وقـال بعضهم: يضمن، لأنه بعـد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكه أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها.

ولنا: أنها عـين ينتفع بها منفعـة مباحة مقـصودة مع بقاء عينهـا فأشبهت سـائر ما تجوز إجارته، والزينة من المقـاصد الأصلية، فإن الله تعالى بهـا علينا بقوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ (النحل: ٨) وقال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ (الأعراف: ٣٢) وأباح الله تعالى من التـحلى واللباس للنساء ما حـرمه على الرجال لحاجتـهن إلى التزين للأزواج، وأسقط الزكاة على حليهن معونة لهن على اقـتنائه وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح، لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر فى وزن ولو ظهـر فالأجر فى مقابلة الانتفاع لا فى مقابلة الجزاء لأن الأجـر فى الإجارة إنما هو عوض المنفعة كـما فى سائر المواضع، ولو كان فى مـقابلة الجـزء الذاهب لما جـاز إجارة أحـد النقدين بالآخـر لإفضائه إلـى الفرق فى معارضة أحدهما بالآخر قبل القبض، والله أعلم.

فـصل: وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتـحلى فى مدة معلومة، وبه قـال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والوجه الآخر: أنها لا تجوز إجارتها، لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع.

ولنا: أنها أمانة أشبـهت الوديعة، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها، أمـا العارية فإنها مضمـونة بكل حال بخلاف مسـألتنا، ولأنه يجب ردها ومتى طلبها صـاحبها وجب تسليـمها إليه، فإن امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة.

فـصل: فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد، لأنه ينافى مقتضى العقد وتفسد به الإجارة فى أحد بالوجهين بناء على الشروط الفاسدة فى البيع، قال أحمد فيما إذا اشترط ضـمان العين: الكراء والضمان مكروه، روى الأثرم بإسناده عن ابن عـمر قال: لا يصلح الكراء بالضمـان، وعن فقهاء المـدينة أنهم كانوا يقولون: لا يكرى بضـمان إلا أنه من شرط على كرىّ ألا ينزل بمتاعه بطن واد ولا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط، فتعدى ذلك فتلف شيء مـما حمل فى ذلك التعدى فـهو ضامن، فأمـا غير ذلك فلا يصح شـرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح، لأن ما لا يجب ضمانه لا يصـير مضمونًا بالشرط، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فـقال: المـسلمون على شروطهم، وهذا يدل علـى وجوب الضمـان بشرطه، وسنذكر ذلك فى العارية، فأما إن أكراه عينًا وشرط أن لا يسير بها فى الليل، أو وقت القائلة، أو لا يتأخر بهـا عن القافلة، أو لا يجعل سيره فى آخرها وأشـباه هذا مما فيه غـرض فخالف ضمن، لأنه متعد لشرط كريّه فضمن ما تلف به، كما لو شرط عليه ألا يحمل إلا قفيزًا فحمل قفـيزين، وحكم الإجارة الفاسـدة حكم الصحيحـة فى أنه لا يضمن إذا تلفت العين من غـير تفريط ولا تعد لأنه عقد لا يقتـضى الضمان صحيحه فلا يقتضـيه فاسده كالوكالة، وحكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان وعدمه حكم صحيحه فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده وما لا فلا.

ولنا: أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلى وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلـف عينه، إذا ثبت هذا: فإنه إن ذكر ما يستأجـره له وعينه فحسن، وإن أطلق الإجارة، فقال أبو الخطاب: تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منهما، لأن منفعتهما فى الإجارة متـعينة فى التحلى والوزن وهمـا متقاربان فوجب أن تحـمل الإجارة عند الإطلاق عليها كاستـئجار الدار مطلقًا فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فـيها، وقال القاضى: لا تصح الإجارة وتكون قـرضًا، وهذا مـذهب أبى حنيفة، لأن الإجـارة تقتضـى الانتفاع، والانتـفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها، فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد.

76- مـسـألة: **(إذا ضرب المسـتأجر الدابة بقدر العادة أو كبـحها أو الرائض الدابة لم يضمن).**

وجـملة ذلك أن للمستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة فقد صح أن النبى ﷺ نخس بعير جابر وضربه(32) وكان أبو بكر ﷺ يحرش بعيـره بمحجنه، وللرائض ضرب الدابة للتـأديب وترتيب المشى والعدو اليسير.

77- مـسألة: **(وكذلك المعلم إذا ضرب الصبى للتأديب).**

قال الأثرم: سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبـيان قال: على قدر ذنوبهم ويتوفى بجهده الضرب، وإذا كان صغيراً لا يعقل فـلا يضربه، ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يـضمن ما تلف فى الدابة، وبهذا قـال مالك والشافعى وإسـحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد، وقال الثورى وأبو حنيفة: يضمن، لأنه تلف بجنايته فضمن كغير المستأجر، وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى، لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب.

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل، ولأن للضرب معنى تضمنه الإجـارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركـوب وفارق غير المسـتأجر، لأنه متـعدٍ، وقول الشافـعى يمكن التأديب بغيـر الضرب لا يصح، فإن العادة خـلافه، ولو أمكن التأديب بغـير الضرب لمـا جاز الضرب إذ فيه إيلام لا حـاجة إليه، فإن أسـرف فى هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به، أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان، لأنه متعد حصل التلف بعدوانه، وحكم ضرب الرجل امرأته فى النشوز على ما ذكرنا قياسًا على الصبى.

78- مـسألة: **(وإن قال: أذنت لى فى تفصيله قباء؟ قال: بل قميصًا، فالقول قول الخياط، نص عليه).**

إذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال: أذنت لى فى قطعه قميص امرأة؟ قال: بل أذنت لك

(32) أخـرجه البـخارى (٩/ ح٥٢٤٧/ فـتح) ومسلم (٢/ رضـاع/ ١٠٨٩، ١٠٩٠/ ح٥٨) وأحمـد فى مسنده (٣/ ٣٧٢، ٣٧٣) ولم يذكر فيه «أنه نخس بعير جابر».

وقال أصحاب الشافعي: لا تصح الإجارة فلا تكون قرضًا، لأن التحلى ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفـاع فلم يجز إطلاقها، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض، لأن القرض تمليك للغـير والإجارة تقتضى الانتـفاع مع بقاء العين فلم يجـز التعبيـر بأحدهما عن الآخر، ولأن التسـمية والألفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعـهد فى اللسان التعبيـر بالإجارة عن القرض وقول أبى الخطاب أصح ـ إن شاء الله ـ لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفسـاده، وقد أمكن حمله على إجـارتها للجهـة التى تجوز إجارتهـا فيها، وقـول القاضى لا يصح، لأن الإجارة إنمـا تقتضى انتفـاعًا مع بقاء العين فـلا تحمل على غير ذلـك، وما ذكر الآخرون من نقص العـين بالاستعـمال فى التحلى فـبعيد، فـإن ذلك يسير لا أثر له فـوجوده كعدمه.

فى قطعه قميص رجل، أو قـال: أذنت لى فى قطعه قميصًا؟ قال: بل قبـاء، أو قال الصباغ: أمرتنى بصبغه أحمر؟ قال: بل أسود فالقـول قول الخياط والصباغ، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور، وهذا قول ابن أبى لـيلى، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور: القـول قول صاحب الثوب، واختلف أصحاب الشافعى، فمنهم من قال: له قولان كالمذهبين، ومنهم من قال: له قول ثالث: إنهما يتحالفان كالمتبـايعين يختلفان فى الثمر، ومنهم من قال: الصحيح أن القول قول رب الثوب، لأنهما اختلفا فى صـفة إذنه والقول قوله فى أصل الإذن فكذلك فى صفته، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه.

ولنا أنهما اتفقا على الإذن واختلفا فى صفته فكان القول قول المأذون له، كالمضارب إذا قال: أذنت لى فى البيع نسـاء فأنكره، ولأنها اتفقا على ملك الخياط الـقطع والصباغ الصبغ، والظاهر أنه فـعل ما ملكه، واخـتلفا فـى لزوم الغرم له، والأصل عـدمه، فـعلى هذا يحلف الخياط والصباغ: لقـد أذنت لى فى قطعه قباء وصبغه أحمر، ويسـقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل، لأنه ثبت وجـود فعله المأذون فيه بعـوض، ولا يستحق المسمـى، لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب بيمـينه، ولأن النبى ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليـمين على المدعى عليه»[33] أخرجه مسلم، فـأما المسمى فى العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجرًا لقطعه قميصًا أو صبغه أسود، وأما من قال: القول قول رب الـثوب، فـإنه يحلف بالله ما أذنت فى قطعـه قبـاء ولا صبـغه أحـمر ويسـقط عنه المسمى، ولا يجب للخياط والصـباغ أجر، لأنهما فعلا غير ما أذن لهـما فيه، وذكر ابن أبى موسى رواية أخـرى عن أحمـد: أن صاحب الثـوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقـبيـة والسواد فالقول قوله وعلى الصـانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسـد ولا أجر له، لأن قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه فترجح دعواه بها، كـما لو اختلف الزوجان فى متاع البيت رجحنا

---

(33) تقدم برقم (٤٥) من المغنى.

فـصـل: ويجوز أن يستأجر شجرًا ونخيلاً ليجفف عليـها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان لما ذكروه فى الأثمان.

ولنا: أنها لو كانت مـقطوعة لجاز استئجـارها لذلك، فكذلك إذا كانت ثابتة، وذلك لأن الانتفـاع يحصل بهمـا على السواء فى الحالتـين، فما جـاز فى إحداهما يجـوز فى الأخرى، ولأنها شجرة فجاز اسـتئجارها لذلك كالمقطوعة، ولأنها منفعة مقـصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجـاز العقد عليها كما لو كـانت مقطوعة، ولأنها عين يمكن استيـفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع.

فـصـل: ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينًا أو زرعًا، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان، لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فأشبهت النخيل.

ولنا: أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع.

دعوى كل واحد منهمـا فيما يصلح له، ولو اختلف صانعان فى الآلة التى فى دكـانهما رجحنا قول كل واحـد منهما فى آلـة صناعته، فـعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنـت لك فى قطعه قباء، ويكفى هذا، لأنه ينتـفى به الإذن فيصير قاطعًا لغـير ما أذن فيه، فإذا كان القـباء مخيطًا بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطًا بلا عوض، لأنه عمل فى ملك غيره عملاً مـجردًا عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته، كمـا لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضى صاحبه بتركه فيـه، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها، لأنها عين ماله ولا يلزمه أخـذ قيمتها، لأنها ملكه، ولا يتلف بأخذها ما له حـرمة، فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز، لأن الحق لهما، وإن قال قال رب الثوب: أنا أشد فى كل خيط خيطًا حتى إذا سلمه عـاد خيط رب الثوب فى مكانه لم يلزم الخياط الإجـابة إلى ذلك، لأنه انتفاع بملكه، وحكم الصباغ فى قلع الصبغ إن اختاره وفى غـير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتى فى بابه.

قال شيخنا: والذى يقوى عندى أن القول قول رب الـثوب لما ذكرنا فى دليلهم وما قاسوا عليـه فيـما إذا قـال المضـارب: أذنت لى فى البيع نسـاء فأنكر رب المـال، أن القـول قول المضارب ممنوع.

فـــصـل: إذا دفع إلى خياط ثوبًا فقـال: إن كان يقطع قميصًا فاقـطعه، فقال: هو يقطع وقطعه فلم يكف ضمنه، أو قال انظر هذا يكفينى قميـصًا؟ قال: نعم، قال: اقطعه فقطعه فلم يكفه، لـم يضمن، وبه قال الشـافعى وأصـحاب الرأى، وقـال أبو ثور: لا ضمان عـليه فى المسألتين، لأنه لو كان غره فى الأولى لكان قد غره فى الثانية.

ولنا: أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته فـقطعه بدون شرطه، وفى الثانية إذن له من

فصل: ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يردها، لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلى مع أنه لا ينفك من إخلاق وبلى.

فصل: وتجوز إجارة الحائط ليضع عليها خشبًا معلومًا مدة معلومة، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة لا يجوز.

ولنا: أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الإجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه.

فصل: ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدًا يصلى فيه، وبه قال مالك والشافعى، وأبو حنيفة: لا يصح، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال فلا تجوز الإجارة لذلك.

غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن فى قطعه، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنًا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية.

فصل: فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا، لأن هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير إذن، وقيل: يغرم ما بين قميص رجل وقميص امرأة، لأنه مأذون فى قميص فى الجملة، والأول أصح، لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة فإذا قطع قميصًا غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه فكان متعديًا بابتداء القطع، ولذلك لا يستحق على القطع أجرًا، ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره.

فصل: إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال: انسجه لى عشرة أذرع فى عرض ذراع فنسجه زائدًا على ما قدر له فى الطول والعرض فلا أجر له فى الزيادة، لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه، فإن كان جاءه زائدًا فى الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سمى له من الأجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين، وإن جاء به زائدًا فى العرض وحده أو فيهما، ففيه وجهان: **أحدهما:** لا أجر له، لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئًا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين **والثانى:** له المسمى، لأنه زاد على ما أمر به فأشبه زيادة الطول، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك فى العرض، فأما إن جاء به ناقصًا فى الطول والعرض، أو فى أحدهما ففيه ـ أيضًا ـ وجهان: **أحدهما:** لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل، لأنه مخالف لما أمر به فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع، **والثانى:** له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه، ويحتمل أنه إن جاء به ناقصًا فى العرض فلا شىء له وإن كان ناقصًا فى الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين

ولنا: أن هذه منفعة مباحة استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى، ويفارق الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد.

فصل: وذكر ابن عقيل: أنه يجوز استئجار البئر ليستقى منها أيامًا معلومة، لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الإباحة، والله الموفق.

فصل: ويجوز استئجار الفهد والبازى والصقر للصيد فى مدة معلومة، لأن فيه نفعًا مباحًا

الطول والعرض، وإن جاء به زائدًا فى أحدهما ناقصًا فى الآخر فلا أجر له فى الزائد وهو فى الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه، وقال محمد بن الحسن فى الموضعين: يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى فى الزائد وبحصة المنسوج فى الناقص، لأن غرضه لم يسلم له، لأنه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله.

ولنا: أنه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبته بعوض كما لو جاء به زائدًا فى الطول وحده، فأما إن أثرت الزيادة أو النقص فى الأصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع، ليكون الثوب صفيقًا فنسجه خمسة عشر فصار خفيفًا أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل، لأنه لم يأت بشيء مما أمر به.

فصل: إذا اختلف المتكاريان فى قدر الأجر فقال: أجرتنيها سنة بدينار، قال: بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر، نص عليه أحمد، وهو قول الشافعى، لأن الإجارة نوع من البيع، فإذا تحالفا قبل مضى شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه، وهذا قول الشافعى، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله، وقال أبو ثور: القول قول المستأجر، لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر.

ولنا: أن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفة، وقال ابن أبى موسى: القول قول المالك، لقول النبى ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان فالقول ما قال البائع»(34) وهذا يحتمل أن يتناول ما إذا اختلفا فى المدة، وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه.

---

(34) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥١١) والترمذى (٣/ ١٢٧٠) وقال أبو عيسى: هذا حديث مرسل، وابن ماجه (٢/ ٢١٨٦) وأحمد فى مسنده (٤٤٤٤). وقال أحمد شاكر: إسناده ضعيف لانقطاعه، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٥) وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبى، والبيهقى فى السنن (٥/ ٣٣٢، ٣٣٣) والحديث بمجموع طرقه صحيح، وقاله شيخ الإسلام ابن تيمية.

تجوز إعارته له فجازت إجارته له كالدابة، وتجوز إجـارة كتب العلم التى يجوز بيعها للانتفاع بها فى القـراءة فيها والنسخ منهـا لما ذكرناه، وتجـوز إجارة درج فيه خط حـسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك.

فـــصل: وما لا تـجوز إجارتـه أقسام: أحـدها: ما لا يمكن الانتـفاع به مع بقـاء عينه كالمطعوم والـمشروب والشمع ليشـعله، لأن الإجارة عقد على المنافع وهذه لا يـنتفع بها إلا بإتلاف عينها، فإن استأجر شمعة يسرجهـا ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقى كان فاسدًا، لأنه يشمل بيعًا وإجارة، ومـا وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل المبيع جهل الـمستأجر أيضًا فيفسد العقدان، ولو استأجر شمعـًا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئًا لم يجز، لأن ذلك ليس بمنفعة مرعيـة فى الشرع فبذل المال فيه سفه، وأخذه أكل مـا بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزًا لينظر إليه، وكذلك لو استـأجر طعامًا ليتحمل به على مائدته ثم يرده لم يجز

فـصل: فإن اختلفا فى المدة فقال: أجرتكـها سنة بدينار فقال: بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك، لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال: بعتك هذا العبد بمائة فقال: بل هذين العبدين بمائتين، وإن قال: أجرتكها سنة بدينار فقال: بل سنتين بدينار فهـهنا قد اختلفـا فى قدر العوض والمدة فيتـحالفان، لأنه لم يوجد الاتفاق منهمـا على مدة بعوض فصار كما لو اخـتلفا فى العوض مع اتفاق المدة، وإن قال المالك: أجـرتكها سنة بدينار فقال الساكن: بل استأجـرتنى على حفظها بدينار، فقال أحمـد: القول قول رب الدار إلا أن تكون للساكن بينة، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهى ملك صاحبها والقول قوله فى ملكه، والأصل عدم اسـتئجاره للساكن فى الحفظ فكان القـول قول من ينفيه ويجب على الساكن أجر المثل.

فـــصل: فإن اختلفا فى التعدى فى العين المستـأجرة فالقول قول المستأجر، لأنه أمـين فأشبه المودع، ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان، وإن ادعى أن العبد أبق من يده وأن الدابة شردت أو نفـقته وأنكر المؤجر فـالقول قول المسـتأجر لما ذكرنـا ولا أجر عليه إذا حلف أنه مـا انتفع بهـا، لأن الأصل عدم الانتـفاع، وعنه القـول قول المـؤجر، لأن الأصل السلامة، فأما إن ادعى أن العبد مرض فى يده ، فإن جاء به صحيحًا فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه، نص عليه أحمد، وإن جاء بـه مريضًا فالقول قول المستأجر، وهذا قول أبى حنيفة، لأنه إذا جاء به صـحيحًا فقد ادعى ما يخـالف الأصل وليس معه دليل عليه، وإن جاء به مريضًا فـقد وجد ما يخالف الأصل يقينًا فكان القـول قوله فى مدة المرض، لأنه أعلم بذلك، لكونه فى يده، وكـذلك لو ادعى إباقه فى حال إباقـه، ونقل إسحـاق بن منصور عن أحمـد أنه يقبل قـوله فى إباق العبد دون مـرضه، وبه قال الثـورى وإسحـاق، قال أبو بكر: وبالأول أقول، لأنهما سواء فى تفويت منفـعته فكانا سواء فى دعوى ذلك، وإن هلكت العين

لما ذكرنا، وهكذا سائر الأشياء، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسى وأشباهه لشمها، لأنها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات، ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ ابنها ولا ليسترضعها السخلة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئًا من عينها.

فصل: ولا تجوز إجارة الفحل للضراب، وهذا ظاهر مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وأبى ثور وابن المنذر، وخرج أبو الخطاب وجهًا فى جوازه، لأنه انتفاع مباح، والحاجة تدعو إليه فجاز كإجارة الظئر والبئر ليستقى منها الماء، ولأنها منفعة تستباح بالإعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين.

ولنا: أن النبى ﷺ نهى عن عسب الفحل، متفق عليه(٥٣)، وفى لفظ: نهى عن

فاختلفا فى وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض واختلفا فى وقت ذلك فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل، ولأن ذلك حصل فى يده وهو أعلم به.

فصل: قال المصنف رحمه الله: **(وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها)**.

متى أطلق العقد فى الإجارة ملك المؤجر الأجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيوم إلا أن يشترط تعجيلها، قال أبو حنيفة: إلا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) أمر بإيتائهن بعد الرضاع وقال النبى ﷺ: «يقول الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره...»(35) فتوعده على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل دل على أنها حالة الوجوب، وروى عنه ﷺ أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»(36) رواه ابن

---

(٥٣) سبق تخريجه برقم (٦٥) المسألة رقم (٧٦١) المجلد الرابع.

(35) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٢٧/ فتح) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٢) وفيه: «ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة» وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٥٨) وإسناده حسن.

(36) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٤٣) وفى الزوائد أصله فى صحيح البخارى وغيره من حديث أبى هريرة، لكن إسناد المصنف ضعيف وفيهما وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد وهما ضعيفان، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٢٠) وقال: محمد بن يزيد بن رفاعة ضعيف، وذكره ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٦٩) وضعفه، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٩٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه عبد الله بن جعفر بن نجيح والد على بن المدينى وهو ضعيف، وذكره المنذرى فى الترغيب (٣/ ٢٣) وقال: من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وقد وثق، قال ابن عدى: أحاديثه حسان وهو من احتمله الناس وصدقه بعضهم وهو ممن يكتب حديثه وبقية رواته ثقات، ووهب بن سعيد وثقه ابن حبان وغيره. اهـ. وعلى هذا يكون الإسناد حسنًا، والله أعلم وأصله فى صحيح البخارى وغيره من حديث أبى هريرة.

ضراب الجمل، ولأن المقصود الماء الذى يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها، وهذا أولى، فإن هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن فى الضرع، فأما من أجازه فينبغى أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر، وقيل: يقع العقد على مدة، وهذا بعيد، لأن من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به، وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضًا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل إلا أن يكترى فحلاً لإطراق ماشية كثيرة كفحل يتركه فى إبله أو تيس فى غنمه، فإن هذا إنما يكترى مدة معلومة، والمذهب أنه لا يجوز إجارته فإن احتاج إنسان إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه، قال عطاء: لا يأخذ عليه

ماجه، ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض فى العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئًا فشيئًا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم فى العقد.

ولنا أنه عوض أطلق ذكره فى عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق، أو نقول عوض فى عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذى ذكرنا، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع فى الإرضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾ (النحل: ٩٨) أى: إذا أردت القراءة، ولأن هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الأمر بالإيتاء فى وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (النساء: ٢٤) والصداق يجب قبل الاستمتاع.

وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل وقد قلتم: يجب الأجر شيئًا فشيئًا، ويحتمل أنه توعده على ترك الوفاء فى الوقت الذى تتوجه المطالبة فيه عادة، جواب آخر أن الآية والأخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل، فأما إن وقعت الإجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به.

79- مسألة: (ولا يجب تسليم أجرة العمل فى الذمة حتى يتسلمه).

إذا استؤجر على عمل فإن الأجر يملك بالعقد أيضًا، لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل، وقال ابن أبى موسى: من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل، وإن استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وقال أبو الخطاب: الأجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضى المدة، وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل، لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض كالصداق والثمن فى البيع، وفارق الإجارة على الأعيان، لأن تسليمها أجرى مجرى تسليم نفعها، ومتى كانت على منفعة فى الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل،

شيئًا ولا بأس أن يعطيـه إذا لم يجد من يطرق له، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعـة مباحة تدعو الحاجة إليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فـلا بأس به، لأنه فعل معروفًا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية.

فـصل: **القسم الثاني**: ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفـة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبى والنخعى، لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة أمته للزنا، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحًا، وقال أبو حنيفة يجوز.

ولنا: أنه انتفاع بمحرم فـأشبه ما ذكرنا، ولا يجوز الاستئجار على كـتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محـرم لذلك، ولا يجوز الاستئـجار على حمل الخمر لمـن يشربها ولا على

وقولهم: لم يملك المنافع، قد سبق الجواب عنه، **فإن قيل**: فإن المؤجر إذا قبض الأجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنه لا يحصـل له استيفاء المنفعة كلها، **قلـنا**: لا يمنع هذا كـما لو شرط التعجيل وكـانت الأجرة عينًا، فأما إن شرط التأجيل فى الأجـر فهو على ما شرط، وإن شرط منجمًا يومًـا يومًا أو شهرًا شهرًا فهو على مـا شرطاه، لأن إجارة العين كبيعهـا، وبيعها يصح بثمن حال ومؤجل، كذلك إجارتها، وفيـه وجه آخر: أن الإجارة على المنفعة فى الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالسلم.

فـصل: إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر، لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المـبيع، وإن تسلم العين المستأجرة ومضت الـمدة لا مانع له من الانتفاع استقرت الأجرة أيضًا وإن لم ينتفع، لأن المعقـود عليه تلف تحت يده وهى حقه فاستقر عليه بدلها كثـمن المبيع إذا تلف فى يد البائع، فإن كـانت الإجارة على عمل فسلم المعـقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكترى دابة ليركبها إلى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها، فقال أصحابنا: يستقر عليه الأجر، وهو مذهب الشافعى، لأن المنافع تلفت تحت يده باختيـاره فاستقر الضمان عليـه كما لو تلفت العين فى يد المشـترى وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت، وقال أبو حنيفة: لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة، لأنه عقـد على المنفعة غيـر مؤقته بزمن فلم يسـتقر بدلها قـبل استيفـائها كالأجر فـى الأجير المشترك، وإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجـر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه، لأن المنافع تلفت باختياره فى مدة الإجارة فاستقر عليه الأجر كما لو كانت فى يده، وإن بذل تسليم العين وكـانت الإجارة على عمل فقـال أصحابنا: إذا مضت مدة يمكن الاسـتيفاء فـيها استقر عليه الأجر، وبهذا قال الشافـعى، لأن المنافع تلفت باختياره، وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه، قال شيخنا: وهـو الصحيح عندى، لأنه عقد على ما فى الذمة فلم يستـقر عوضه ببذل

حمل خنزير ولا ميتة لذلك، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعى، وقال أبو حنيفة: يجوز، لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله جاز، ولأنه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز.

وقد روى عن أحمد فيمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمراً لنصرانى: أكره أكل كرائه، ولكن يقضى للجمال بالكراء، فإذا كان لمسلم فهو أشد، قال القاضى: هذا محمول على أنه استأجره ليريقها، فأما للشرب فمحذور ولا يحل أخذ الأجرة عليه، وهذا التأويل بعيد لقوله: أكره أكل كرائه، وإذا كان لمسلم فهو أشد، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية، لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا، ولأن النبى ﷺ لعن حاملها والمحمولة إليه(٥٤)، وقوله: لا يتعين، يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً، وأما حمل هذه لإراقتها والميتة لطرحها والاستئجار للكنف فجائز، لأن ذلك كله مباح وقد استأجر النبى ﷺ أبا طيبة لحجمه(٥٥)، وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصرانى: يكره ذلك، لأن الأصل فى ذلك راجع إلى الخمر.

التسليم كالمسلم فيه، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها.

80- مسألة: (وإذا انقضت الإجارة وفى الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الأجل فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالأجرة أو قلعه وضمان نقصه، وإن اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط).

إذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سَنَةً صح، لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع، وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق، وله أن يغرس قبل انقضاء المدة، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس ولا أن يبنى لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القطع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المستأجر تسوية الحفر وإصلاح الأرض، لأنهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه، وإن اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز إذا شرطا مدة معلومة، وكذلك لو اكترى الأرض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آجر، وإن أطلق العقد فللمكترى القلع، لأنه ملكه فله أخذه كطعامه فى الدار التى باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر، لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة

---

(٥٤) تقدم تخريجه برقم (٩٠) مسألة رقم (٧٦٥) المجلد الرابع.

(٥٥) أخرجه البخارى (١٠/ ح٥٦٩٦/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٤/ ح٦٢) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٤) والترمذى (٣/ ح١٢٧٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ١٠٠، ١٧٤، ١٨٢) ومالك فى الموطأ (٢/ ٩٧٤) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٦٢٢) من حديث أنس بن مالك.

فصل: **ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره**، لأن النبى ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث»(٥٦) ونهى الحر عن أكله فهذا أولى، وقد روى عن ابن عباس أن رجلاً حج ثم أتاه فقال له: إنى رجل أكنس فما ترى فى مكسبى؟ قال: أى شىء تكنس؟ قال: العذرة قـال: ومنه حججـت ومنه تزوجت؟ قال نعم قـال: أنت خبيث وحـجك خبـيث وما تزوجت خبـيث أو نحو هذا، ذكره سـعيد بن منصـور فى سننه بمعناه، ولأن فـيه دناءة فكره كالحجامـة، فأما الإجارة فى الجملة فجـائزة، لأن الحاجة داعية إليهـا فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة.

فصل: **ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القـمـار**، وبه قال الجـماعة، وقال أبو حنيفـة: إن كان بيتك فى السواد فـلا بأس أن تؤجره لذلك، وخالفه صاحباه واختلف أصحابه فى تأويل قوله.

ولنا: أنه فعل محـرم فلم تجز الإجارة عليه كـإجارة عبده للفجـور، ولو اكترى ذمى من مسلم داره فـأراد بيع الخمر فيـها فلصاحب الدار منعـه، وبذلك قال الثورى، وقال أصـحاب الرأى إن كان بيته فى السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء.

ولنا: أنه فعل محرم جاز المنع منه فى المصر فجاز فى السواد كقتل النفس المحرمة.

فـصل: القـسم الثـالث: ما يحرم بيعه إلا الحـر والوقف وأم الولد والمَدبَّر فإنه يجوز إجارتها، وإن حرم بيعها، وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه

هـهنا وفى التى قـبلها، لأن القلع قـبل الوقت لم يأذن فيه المـالك، ولأنه تصرف فى الأرض تصرفًا نقـصها لم يقتضه عـقد الإجارة، وإن أبى القلع لم يجبر عليـه إلا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ، وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة ومالك: عليه القلع من غير ضمان النقص له، لأن تقدير المدة فى الإجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع.

ولنا: قول النبى ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»(37) مفهومه أن غير الظالم له حق وهذا غيـر ظالم، ولأنه غرس بإذن المالك ولم يشـترط قلعه فلم يجبـر على القلع من غير ضـمان النقص كما لو استعار منه أرضًا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فإنه لا يقتضى التأبـيد **فإن قـيل**: فإن كان إطلاق العقد فى الغراس يقتضى التـأبيد فشرط القلع ينافى مقتضى

---

(٥٦) تقدم برقم (٤٩).

(37) ذكـره البخـارى معلقًـا (٥/ ص٢٣) وأبو داود (٣/ ح٣٠٧٣) والترمـذى (٣/ ح١٣٧٨) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٣٢٧) والإمام مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) وإسناده صحيح، والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٩، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٨) والدارقطنى (٣/ ٣٦/ ح١٤٤) (٤/ ٢١٧/ ح٥٠) وذكـره الهيـثـمى فى مجـمـع الزوائد (٤/ ١٧٤) وقال: رواه عبد الله بن أحمد فى حديث طويل، رواه الطبرانى فى الكبير، وإسحاق ابن يحيى لم يدرك عبادة. وذكره العجلونى فى كشف الخفاء (٢/ ح٢١٤٦).

كالعبد الآبق والجمل الناد والبـهيمة الشاردة والمغصوب من غير غـاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فإنه لا تجـوز إجارته، لأنه لا يمكن تسليم العقود عليه وإن كان ممـا تجهل صفته فإنه لا تجوز إجارته فى ظاهر المذهب، أو كان ممن لا نفع فـيه كسباع البهائم، أو الطير التى لا تصلح للاصطياد، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحـال، ويتخرج جواز إجارة الكلب الذى يباح اقتناؤه، لأن فيه نفـعًا مباحًا تجوز له إجارته فجازت إجارته له كـغيره، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ولا تجوز إجارة مـا لا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مـثل أن يغصب منفعتـه بأن يدعى إنسان أن هذه الدار فى إجارته عـامًا ويغلب صاحبـها عليها فإنه لا تجوز إجارتها فى هذا العام إلا من غـاصبها، أو ممن يقدر على أخذها منه، قال أصحابنا: ولا تجـوز إجارة المشاع لغيـر الشريك إلا أن يؤجر الشريكان مـعًا، وهذا قول أبى حنيفة وزفر، لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب، وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتـسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه، واختـار أبو حفص العكبرى جواز ذلك، وقد أومأ إليه أحمد، وهو قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد، لأنه معلوم يجوز بيعه فجـازت إجارته كالمفروز(*) ولأنه عقد فى ملكه يجوز مع شـريكه فجاز مع غيره كالبيع، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معًا فجاز لأحـدهما فعله فى نصيبه مفردًا كالبيع، ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستـأجر فأشبه إجـارة المغصوب من غاصـبه دون غيره، وإن كانت الدار لواحـد فأجر نصفها صح، لأنه يمكنه تسليمه، ثم إن أجر نصفـها الآخر للمستأجر الأول صح، فإنه يمكنه تسليمه إليه، وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التى قبلها، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه، وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه.

العقد فينبغى أن يفسده، **قلـنا:** إنما اقتضى التأبيد من حيث إن العادة فى الغراس التبقية، فإذا أطلقه حمل على العادة وإذا شـرط خلافه جاز كما إذا باع بغيـر نقد البلد أو شرط فى الإجارة سيرًا يخالف العادة، إذا ثبت هذا فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء: **أحدها:** أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه، لأن الضرر يزول عنهما به أشـبه الشفيع فى غراس المشترى **الثانى:** أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه لذلك **الثالث:** أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل، وبهذا قال الشافعى، لأن الضرر يـزول عنهما بذلك، وقال مالك: يتخير بين دفع قيمـته فيملكه وبـين مطالبته بالقلع من غيـر ضمان وبين تركه فـيكونان شريكين، والأول أصح، فإن اتفقا على بيع الغرس والبناء للمالك جاز، وإن باعهـا صاحبهما لغير مالك الأرض جاز ومشتـريهما يقوم مقام البائع فيـهما، وقال أصحاب الشافـعى فى أحد الوجهين: ليس له

(*) فى بعض النسخ: كالمفرو.

فـصل: وفى إجارة المصحف وجـهان: أحدهما: لا تصح إجارته مبنيًا على أنه لا يصح بيعه، وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المـعاوضة به وابتذاله بالثمن فى البيع والأجر فى الإجـارة، والثـانى: تجوز إجارته، وهو مذهب الشافعى، لأنه انتـفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجـازت فيه الإجـارة كسائر الكتب، فـأما سائر الكتب الجـائز بيعها فـتجوز إجـارتها، ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنها لا تجوز إجارتها، لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس فى ذلك أكثر من النظـر إليه، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنـه لا يجوز أن يستأجر سـقفًا لينظر إلى عمله وتصاويره، أو شمعًا ليتجمل به.

ولنا: أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجـوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع، وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالإعارة من أجله وفى مسألتنا يحتاج إلى القراءة فى الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه.

فـصل: ولا تجوز إجارة المسلم للذمى لخدمته، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم فقال: إن أجر نفسـه من الذمى فى خدمته لم يـجز، وإن كان فى عمل شىء جاز، وهـذا أحد قولى الشافـعى، وقال فى الآخر: تجـوز، لأنه تجوز له إجارة نفـسه فى غيـر الخدمة فـجاز فيـها كإجارته من المسلم.

ولنا: أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتـعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبـيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع منه فلأن يمنع من الإجارة أولى، فأما إن أجر نفسـه منه فى عمل معين فى الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه، لأن عليّاز ﷺ أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة وأخبـر النبى ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الأنصارى[٥٧]، ولأنه عقد مـعاوضة لا يتضمن إذلال المـسلم ولا استخدامه أشبـه مبايعته وإن أجـر نفسه منه لعمل غير الخـدمة مدة

بيعها لغير مالك الأرض، لأن ملكه ضعيف بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة بغير رضاه.

ولنا أنه ملك له يجوز بيعه لمالك الأرض فجاز لغيره كالشقص المشفوع، وبهذا يبطل ما ذكروه فإن للشفيع تملك الشقص بغير رضى المشترى ويجوز بيعه لغيره.

فـصل: فإن شرط فى العقد تبقية الغـراس فذكر القاضى أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء، وهو قول أصحاب الشافـعى، ويحتمل أن يبطل العقد، لأنه شرط ما ينافى مقتضى العقد فلم يصح كمـا لو شرط ذلك فى الزرع الذى لا يكمل قبل انقضاء المدة، ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الإجارة.

---

(٥٧) تقدم تخريجه فى أرقام (١٢، ١٣).

معلومـة جاز أيضًـا، فى ظاهر كلام أحمـد، لقوله فى رواية الأثرم: وإن كـان فى عمل شىء جاز.

ونقل عنه أحـمد بـن سعـيد: لا بأس أن يؤجـر نفـسه من الـذمى وهذا مطلق فى نوعى الإجارة، وذكـر بعض أصحابنا: أن ظاهر كـلام أحمد منع ذلك، وأشـار إلى ما رواه الأثرم، واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبـه البيع، والصحيح ما ذكرنا، وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما قاله فإنه خص المنع بالإجارة للخدمة وأجاز إجارته للعمل وهذا إجارة للعمل، ويفارق البيع فإن فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الإذلال.

فـصل: نقل إبراهيم الحربى عن أحمـد أنه سئل عن الرجل يكترى الديك يوقظه لوقت الصـلاة: لا يجوز، وذلك لأن ذلـك يقف على فعـل الديك ولا يمكن استخـراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت.

فـصل: القسم الرابع: القرب التى يختص فاعلها بكونه من أهل القربة، يعنى أنه يشترط كونه مسلمًا كالإمامة والأذان والحج وتعليم القـرآن، نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهرى، وكره الزهرى وإسحاق تعليم القرآن بأجر.

وقال عـبد الله بن شقـيق: هذه الرغف التى يأخذها المـعلمون من السحت، وممـن كره أجره التعـليم مع الشرط الحسن وابن سيـرين وطاوس والشعبى والنخعى، وعـن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب.

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال: التعليم أحب إلى من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامـة الناس فى ضيعة، ومن أن يستدين ويتجـر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعـالى بأمانات الناس، التـعليم أحب إلى، وهذا يدل على أن منعـه منه فى موضع منعه للكراهة لا للتحريم.

81- مـسـألة: (وإن كان فيها زرع بقـاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخـذه بالقيمة وتركه بالأجرة، وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالأجرة).

إذا استأجر أرضًا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لـم يخل من حالين:

أحدهما: أن يكون لتفريط المستأجر، مثل أن يزرع زرعًا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب، يخير الملك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجرة لما زاد على المدة، لأنه أبقى زرعـه فى أرض غيره بعـدوانه، وإن اختار المسـتأجر قطع زرعـه فى الحال وتفريغ الأرض فله ذلك، لأنه يـزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذى اقـتضاه العـقد، وذكر القاضى: أن على المـستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض، وإن اتفقـا على تركه بعوض أو غيره جاز، وهذا مذهب الشافعى بناء على قوله فى الغاصب، وقياس المذهب ما ذكرناه.

الحال الـثانى: أن يكون بقاؤه بغير تفريطه مثل أن يـزرع زرعًا ينتهى فى المدة عادة فأبطأ

ومِمن أجاز ذلك مـالك والشافعى، ورخص فى أجور المعلـمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر، لأن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن، متفق عليه[٥٨]، وإذا جاز تعليم القرآن عـوضًا فى باب النكاح وقام مقـام المهر جاز أخـذ الأجرة عليه فى الإجارة، وقـد قال رسول الله ﷺ : «أحق ما أخذتم عليـه أجرًا كتاب الله»[٥٩] حديث صـحيح، وثبت أن أبا سعـيد رقى رجلاً بفـاتحة الكتاب على جـعل فبرأ وأخذ أصـحابه الجعل فـأتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال: «لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لى معكم بسهم»[٦٠] وإذا جاز الأجر لأنه فى معناه ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الأجر علـيه كبناء المساجد والقناطر، ولأن الحاجة تدعـو إلى ذلك فإنه يحتاج إلى الاستنابة فى الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولايكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الأجر فيه، ووجه الرواية الأولى ما روى عثـمان بن أبى العاص قال: إن آخر ما عهد النبى ﷺ أن اتخذ مـؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا، قـال الترمذى هذا حـديث حسن[٦١]، وروى عبـادة بن الصامت قال: علَّمت ناسًا من أهـل الصفة القرآن والكتـابة فأهدى إلى رجل منهم قوسًـا، قال: قلت قوس وليـست بمال قال: قلـت أتقلدها فى سبيل الله فـذكرت ذلك للنبى ﷺ وقص عليه القصة، قال: «إن سرك أن يقلدك الله قوسًا من نار فاقبلها»[٦٢] وعن أبى بن كعب أنـه علم رجلاً سورة من القـرآن فأهدى إليـه خميـصة أو ثوبًا فذكـر ذلك للنبى

لبرد أو غيره فيلزم المؤجر تركه بالأجـرة إلى أن ينتهى وله المسمى وأجر المثل لما زاد، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والوجه الـثانى: يلزمه نقله، لأن المدة ضربت لنقل الزرع فلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط، لأنه كان يمكنه أن يستظهر فى المدة فلم يفعل.

ولنا: أن الزرع حصل فى أرض غـيره بإذنه من غير تفـريط فله تركه كما لـو أعاره أرضًا فزرعها ثم رجع المالك قبل كـمال الزرع، وقولهم: إنه مفرط، لا يصح، لأن هذه المدة التى

---

(٥٨) أخـرجه البـخارى (٤/ ح٢٣١٠/ فـتح) ومـسلم (٢/ نكاح/ ١٠٤٠، ١٠٤١/ ح٧٦، ٧٧) بلفظ: «اذهب فقد ملكتها بما مـعك من القرآن» وأبو داود (٢/ ح٢١١١) والترمذى (٣/ ح١١١٣) والنسائى (٦/ ح٣٣٥٩) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٢٠١) وأحمد فى مسنده (٥/ ٣٣٤، ٣٣٦).

(٥٩) تقدم برقم (٢٠).

(٦٠) أخرجـه البخارى (٤/ ح٢٢٧٦/ فتح) ومسلم (٤/ سلام/ ١٧٢٧، ١٧٢٨/ ح٦٥، ٦٦) وأبو داود (٣/ ح٣٤٢٠) بلفظه، والترمـذى (٤/ ح٢٠٦٣) وابن ماجه (٢/ ح٢١٥٦) وأحمـد فى مسنده (٣/ ٢، ١٠، ٤٤، ٨٣) واللفظ لأبى داود.

(٦١) أخرجه الترمذى (١/ ح٢٠٩) وابن ماجه (٤/ ٢١٧) وإسناده صحيح.

(٦٢) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٤١٦) بلفظ: «إن كنت تحب أن تطوق طوقًا من نار فاقبلها» وابن ماجه (٢/ ح٢١٥٧) بلفظ: «إن سرك أن تطوق بها طوقًا من نار فاقبلها» والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤١، ٤٢) وقال: هذا حديث صحيح، ووافقه الذهبى، وهو كما قالا.

ﷺ فقال: «لو أنك لبستها أو أخذتها ألـبسك الله مكانها ثوبًا من نار»(٦٣) وعن أبى قـال كنت أختلف إلى رجل مسـن قد أصابته علة قد احـتبس فى بيته أقرئه القـرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول للجارية له هلمى بطعام أخى فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك فى نفسى منه شىء فذكرته للنبى ﷺ فقال: «إن كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحفك به فلا تأكله»(٦٤) وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصارى قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقـرءُوا القرآن ولا تغلوا فيـه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تسـتكثروا به»(٦٥) روى هذه الأحاديث كلهـا الأثرم فى سننه، ولأن من شرط صحـة هذه الأفعال كونهـا قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها، كما لو استأجر قومًا يصلون خلفه الجمعة أو التراويح، فأما الأخذ على الرقية، فإن أحمد اختار جوازه وقال: لا بأس، وذكر حديث أبى سعد والفرق بينه وبين ما اخـتلف فيه: أن الرقيـة نوع مداواة والمأخوذ عليـها جعل والمداواة يبـاح أخذ الأجر عليها والجعالة أوسع من الإجارة، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة، وقوله ﷺ : «أحق

جرت العادة بكمال الزرع فـيها، وفى زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغيـر فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتـحصيل شىء متوهم على خلاف العادة هو التفـريط فلم يكن تركه تفريطًا، ومتى أراد المستأجر زرع شىء لا يدرك مثله فى مدة الإجـارة فللمالك منعه، لأنه سبب لوجود زرعه فى أرضه بغـير حق، فإن زرع لم يملك مطالبـته بقلعه قـبل المدة، لأنه فى أرض يملك نفعـها، ولأنه لا يملك ذلك بعد المـدة فقبلها أولـى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المـدة قال: إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التى يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة.

فـصـل: إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مـثل أن اكترى خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا فى ستة نظرنا، فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح، لأنه لا يفضى إلى الزيادة على مـدته، وقد يكون له غـرض فى ذلك لأخذه إياه قصـيلاً أو غـيره ويلزمـه ما التزم، وإن أطلق العقد ولم يشرط شيئًـا احتمل أن يصح، لأن الانتفاع فى هذه المدة ممكن، واحتـمل أنه أمكن أن ينتـفع بالأرض فى زرع ضرره كـضرر الزرع المـشروط ودونه مـثل أن يزرعها شعيرًا يأخذه قصيلاً صح، لأن الانتـفاع بها فى بعض ما اقتضاه العقد ممكن، وإن لم يكن كذلك لم يصح، لأن اكتـرى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيـه فأشبه إجارة السبـخة له، فإن قلنا: يصح فإذا انقضت المدة ففيه وجهان: **أحدهما:** حكمه حكم زرع المستأجر لما لا تكمل مدته، لأنه ههنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكرى تركه، لأن التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبـقيته حتى يكمل العقد فاسد، لأنه جمع بين مـتضادين فإن تقدير

---

(٦٣) تقدم برقم (22) من كتاب الشرح. (٦٤) تقدم برقم (21) من كتاب الشرح.

(٦٥) أخرجه أحمد فى مسنده (٣/ ٤٢٨، ٤٤٤) وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٧٣) وقال: رجاله ثقات، والحديث إسناده صحيح، انظر الصحيحة (٢٦٠).

ما أخذتم عليـه أجرًا كتاب الله»[٦٦] يعنى به الجعل أيضًا فى الرقـية، لأنه ذكر ذلك أيضًا فى سياق خبـر الرقية وأما جعل التعليم صداقًـا ففيه اختلاف وليس فى الخبـر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال: «زوجتكها على ما معك من القرآن»[٦٧] فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكرامًا له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه[٦٨]، ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والأجر: أن المهر ليس بعوض محض، وإنما وجب نحلة ووصلة، ولهذا جاز خلو العقد عن تسميـته وصح مع فساده بخـلاف الأجر فى غيره، فـأما الرزق من بيت المال فيـجوز على ما يتعدى نفـعه من هذه الأمور، لأن بيت المال لمصـالح المسلمين، فإذا كـان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجًا إليـه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه، لأنه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر.

فـصل: فإن أعطى المعلم شيئًا من غير شـرط فظاهر كلام أحمد جوازه، وقال فيما نقل عنه أيوب بن سافرى[٦٩]: لا يطلب ولا يشارط، فإن أعطى شيئًا أخذه، وقال فى رواية أحمد ابن سعيد: أكـره أجر المعلم إذا شرط، وقال: إذا كان المـعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد

المدة يقتضى النقل فـيها وشرط التبقية يـخالفه ولأن مدة التبقية مـجهولة، فإن زرع لم يطالب بنقله كالتى تقدمت.

82- مـسألة: (وإذا تسلم العين بالإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن).

إذا قبض العين فى الإجارة الفاسدة ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن، ففيه روايتان: **إحداهما:** عليه أجرة المثل لمدة بقائها فى يده، وهذا مذهب الشافعى، لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها، **والثانية:** لا شىء له، وهو قول أبـى حنيفة، لأنه عـقد فـاسد على منافع لم يسـتوفهـا فلم يلزمه عـوضه كالنكاح الفاسد، فـأما إن بذل له التسليم فى الإجار الفاسدة فلم يتسلمـها فلا أجر عليه، لأن المنافع لم تتلف تحت يده ولا فى ملكه، وإن اسـتوفى المنفعة فى العـقد الفاسد فـعليه أجر المثل، وبه قـال مالك والشافـعى، وقال أبو حنيفـة: يجب أقل الأمرين من المسـمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد.

---

(٦٦) تقدم تخريجه برقم (٥٩). (٦٧) تقدم تخريجه برقم (٥٨).

(٦٨) أخرجـه النسـائى (٦/ ح٣٣٤٠، ٣٣٤١) من حديث أنس، وإسناده صـحيح، وذكـره ابن حجـر فى الإصابة (٨/ ٢٤٣) فقال: فـروينا فى مسند أحمد يعلو فى الغيلانيـات من طريق حماد بن سلمة عن ثابت وإسماعيل بن عبد الله بن أبى طلحة عن أنس بن مـالك، ثم ذكر القصة وقال ابن حجر: ولهذا الحديث طرق متعددة.

(٦٩) هو أيوب بن إسحاق بن إبراهيم بن سافرى انتقل إلى الرملة وحدث بهـا وبمصر وحدث بمسائل كثيرة صالحة عن الإمام أحمد وتوفى بدمشق سنة تسع وخمسين ومائتين.

طبقات الحنابلة (١/ ١١٧/ ١١٨)

شيئًا إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون، وكـره طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميـصة اللتين أعطيهما أبى وعـبادة من غير شرط، ولأن ذلك قربة فلم يجـز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره، كالصلاة والصيام، ووجه الأول قول النبى ﷺ: «ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا إشراف نفس فخذه وتموله فإنه رزق ساقه الله إليك»[٧٠] وقد أرخص النبي ﷺ لأبى في أكل طعـام الذى كان يعلمه إذا كـان طعامه وطعـام أهله، ولأنه إذا كان بغيـر شرط كان هبـة مجردة فجـاز كما لو لم يعلمـه شيئًـا، فأما حديث الـقوس والخميـصة فقضيتـان فى عين فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنهما فعـلا ذلك لله خالصًا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعـالى، ويحتمل غير ذلك، وإن أعطى المعلـم أجرًا على تعليم الصبى الخط وحفظه جاز، نص عليه أحمد فقال: إن المـعطى ينوى أن يعطيه لحفظ الصبى وتعليمه فأرجو إذا كان كـذا، ولأن هذا مما يجـوز أخذ الأجر عليـه مفردًا فـجاز مع غيـره كسائر مـا يجوز الاستئجار عليه، وهكذا لو كان إمام المسجـد قيمًا له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجرًا على خـدمته أو كان النائب فى الحج يخدم المـستنيب له فى طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج عن أبيه فدفع له أجرًا لخدمته، لم يمتنع ذلك، إن شاء الله تعالى.

فـصل: وما لا يختص فـاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحسـاب والشعر المباح وأشـباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخـذ الأجر عليه، لأنه يقع تارة قربة وتارة غـير قربة فلم يمنع من الاسـتئجار لفـعله كغرس الأشجـار وبناء البيوت، وكذلك فى تعليـم الفقه والحديث، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الإنسان لنفسه، وحجه عن نفسه وأداء زكـاة نفسه فلا يجوز أخذ الأجر عليها بغـير خلاف، لأن الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره هـهنا انتفاع فأشبه إجارة الأعيان التى لا نفع فيها.

فـصل: إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال: أجرتنيها سنة بدينار قال: بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمـين الآجر، نص عليه أحمد، وهو قول الشافـعى، لأن الإجارة نوع من البيع، فإذا تحالفا

ولنا: أن ما ضمن بالمـسمى فى العقد الصحيح وجب ضـمانه بجميع القيمـة فى الفاسد كالأعيان، وما ذكروه غير مسلم.

83- مـسـألة: (إذا اكترى بدراهم وأعطاه عنهـا دنانير ثم انفسخ العقد رجع المـستأجر بالدراهم).

لأن العقد إذا انفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين فى العوض الذى بذله، وعوض العقد هو الدراهم، فكان الرجوع بـها، والدنانير إنمـا أخذها المؤجر بعـقد آخر سـوى الإجارة ولم ينفسخ فأشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بالدنانير.

(٧٠) تقدم برقم (26) من كتاب الشرح.

قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله، وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العـقد، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منهـا سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اخـتلفا في المبيع بعد تلفه، وهذا قول الشافـعي، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل، وإن كـان عمله فالقول قول المسـتأجر فيما بينه وبين أجـر مثله، وقال أبو ثور: القول قول المستأجر، لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر.

ولنا: أن الإجارة نوع من البيع فيتـحالفان عند اختلافهما في عوضهـا كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة، وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك لقول النبي ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع»(٧١) وهذا يحتمل أن يريد إذا اخـتلفا في المدة، وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه.

فـصل: وإن اختلفا في المدة فقال: أجرتكـها سنة بدينار، قال: بل سنتين بدينارين فالقول قـول المـالك، لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره، كـما لو قال: بعتك هذا العبد بمائة قال: بل هذين العبدين، وإن قال أجرتكهـا سنة بدينار قال: بل سنتين بدينار، فهـهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة جميعًا فيتحالفان، لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة، وإن قال المالك: أجرتكها سنة بدينار، فقال الساكن: بل اسـتأجرتني على حـفظها بدينار فقـال أحمد: القـول قول رب الدار إلا أن تكون للسـاكن بينة، وذلك لأن سكنى الدار قـد وجد من السـاكن واستـيفـاء منفعـتهـا وهي ملك صاحبها، والقول قوله في ملكه والأصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه.

فـصل: وإن اختلفا في التعدي في العين المستـأجرة فالقول قول المستأجر، لأنه مؤتمن عليها فأشبه المودع، ولأن الأصل عـدم العدوان والبراءة من الضمان، وإن ادعى أن العبد أبق من يده وأن الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد روايتان: **إحداهما**: أن القول قول المسـتأجـر لما ذكرنا ولا أجـر عليه إذا حلف أنه مـا انتفع بهـا، لأن الأصل عدم الانتـفاع، **والثـانيـة**: القول قول المـؤجر، لأن الأصل السلامة، فأما إن ادعى أن العـبد مرض في يده نظرنا، فإن جاء به صحيحًا فالقول قول المالـك سواء وافقه العبد أو خالفه، نص عليه أحمد، وإن جاء به مريضًا فالقول قول المستأجر، وهذا قـول أبي حنيفة، لأنه إذا جاء به صحيحًا فقد ادعي ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه، وإن جاء به مريضًا فقد وجد ما يخالف الأصل يقينًا فـكان القول قوله في مـدة المرض، لأنه أعلم بذلك، لكونه فـي يده، وكذلك إن ادعى إباقه، في حال إباقه أو جاء به غير آبق.

---

(٧١) أخرجـه أبو داود (٣/ ح٣٥١١) والترمـذي (٣/ ح١٢٧٠) وابن ماجه (٢/ ح٢١٨٦) والـنسائي (٧/ ٣٠٣) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٧١) والدارمي في السنن (٢/ ح٢٥٤٩).

ونقل إسحاق بـن منصور عن أحمد: أنه يقـبل قوله فى إباق العبد دون مـرضه، وبه قال الثورى وإسحاق، قال أبو بكر: وبالأول أقول، لأنهمـا سواء فى تفويت منفعته فكانا سواء فى دعوى ذلك، وإن هلكت العين فاختـلفا فى وقت هلاكها، أو أبق العبد أو مـرض فاختلفا فى وقت ذلك فالقـول قول المستـأجر، لأن الأصل عدم العـمل، ولأن ذلك حصل فى يده وهو أعلم به.

فـصل: إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقـصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مـثل أن يقول: خذ هذا فاعـمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر، وكـان الخياط والقصار منتـصبين لذلك ففـعلا ذلك فلهما الأجر، وقـال أصحاب الشافعى: لا أجـر لهما، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله.

ولنا: أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول كـنقد البلد وكما لو دخل حمامًا أو جلس فى سفينة مع ملاح، ولأن شاهد الحـال يقتضيه فصار كالتعريض، فـأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرًا إلا بعقد أو شـرط العوض أو تعريض به، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه، ولو دفع ثوبًا إلى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم فى الـقصار والخـياط: إن كان منتـصب يبيع للناس بأجـر فله أجر مثـله، نص عليه أحمـد، وإن لم يكن كذلك فلا شىء لما تقـدم، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقـاطعه على أجر فله أجر المثل، لأن الثياب تختلف أجرتها ولم يعين فجرى مجرى الإجارة الفاسدة، فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمـان عليه، لأن ما لا يضمن فى العقد الصحيح لا يضمن فى فاسده، وإن تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه، لأنه إذا ضمنه بذلك فى العقد الصحيح ففى الفاسد أولى، وقال أحمد فيمن دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره ولم يقطع له أجرًا بل قال: أنا أعطيك كما تعطى وهلك الثوب، فإن كان بخرق أو نحوه مما لا تجنيه يده فلا ضمان عليه بين الكراء أو لم يبين، والعلة فى ذلك ما ذكرناه.

فـصل: إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتـابًا إلى مكة أو غيرها إلى صاحـب له فحمله فوجد صاحبه غائبًا فرده استحق الأجر بحمله فى الذهاب والرد ، لأنه حمله فى الذهاب بإذن صاحبه صريحًا وفى الرد تـضمينًا لأن تقدير كلامـه، وإن لم تجد صاحبـه فرده إذ ليس سوى رده إلا تضييعه، فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده، والله أعلم.

كتاب إحياء الموات

المـــوات: هو الأرض الخراب الدارسة تسـمى ميتة ومواتًا ومـوتانًا بفتح الميم والواو، والموتان بضم الميم وسكون الواو: الموت الذريع، ورجل موتان، بفتح الميم وسكون الواو، يعنى أعمى القلب لا يفهم، والأصل فى إحياء الأرض ما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضًا مـيتة فهى له»[1] قال الترمذى هذا حديث صـحيح، وروى سعيد بن زيد أن النبى ﷺ قال: «من أحـيا أرضًا مـيتة فهـى له وليس لعرق ظالم حق»[2] قـــال الترمذى: هذا حديث حسن، وروى مالك فى موطئه وأبو داود فى سننه عن عائشة مثله، قال ابن عبد البر: وهو مسند صـحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغـيرهم، وروى أبو عبيد فى الأموال عن عائشة قـالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضًا ليـست لأحد فهو أحق بها»[3] قال عروة قضى بذلك عمر بن الخطاب ﷺ فى خلافته، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا فى شروطه.

باب إحياء الموات(*)

وهى الأرض الدائرة التى لا يعلم أنهـا ملكت، والمـوات: الأرض الدارسة تسـمى ميـتة ومواتًا وموتانًا بفتح المـيم والواو، والموتان بضم الميم وسكون الواو: الموت الذريع، ورجل مـوتان القلب ـ بفتح المـيم وسكون الواو ـ يعنى عـمى القلب لا يفـهم، والأصل فى إحيـاء الموات مـا روى جابر ﷺ قال: قال رسـول الله ﷺ: «من أحيا أرضـًا ميتة فـهى له» قال الترمـذى: هذا حديث حسن صـحيح، وروى سعـيد بن زيد أن النبى ﷺ قال: «من أحـيا أرضًا ميـتة فهى له» قال التـرمذى: هذا حديث حسن، وروى مالك فـى موطئه وأبو داود فى سننه عن عائشة مثله، قال ابن عـبد البر: وهو مسند صحيح متلقى بالقبـول عند فقهاء المدينة وغيـرهم، وروى أبو عبيـد فى الأموال عن عائشة قـالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحـيا أرضًا ليـست لأحد فهـو أحق بها» قال عـروة: وقضى بذلك عـمر بن الخطاب فى خلافـته، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا فى شروطه.

---

(١) أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ٢٣) وأبو داود (٣/ ح٣٠٧٤) والترمذى (٣/ ح١٣٧٨) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٣٨، ٣٨١) وأخرجه ابن حبان فى صحيحه (٧/ ٣١٩، ٣٢٠/ إحسان) وإسناده صحيح.

(٢) سبق تخريجه برقم (٢٦) المسألة برقم (٨٩٩).

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٣٣٥/ فتح) بلفظ: «من أعـمر...» الحديث، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) مرسلاً، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤١) وأبو عبيد فى الأموال (١/ ص٢٦٤/ ح٧٠٢).

(*) اكتفينا بتخريج وتحقيق أحاديث هذا الباب عند المغنى تفصيلاً لعدم الإطالة فلتراجع.

أ- **مسألة:** (فإن كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك ففيه روايتان).

وجملة ذلك أن الموات قسمان: **أحدهما**: ما لم يجر عليه ملك أحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء، لأن الأخبار المروية متناولة له، **القسم الثاني**: ما جرى عليه ملك وهو ثلاثة أنواع: **أحدها**: ما له مالك معين، وهو ضربان: **أحدهما**: ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف، قال ابن عبد البر: أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه، **الثاني**: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتًا فهو كالذى قبله سواء، وقال مالك: تملك لعموم قوله: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن أصل هذه الأرض مباح فإذا تركت حتى تصير مواتًا عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه.

ولنا: أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالإحياء كالتى ملكت بشراء أو عطية، والخبر مقيد بغير المملوك بقوله فى الرواية الأخرى: «من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد» وقوله: «من غير حق مسلم» وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه، وقال هشام بن عروة فى تفسير قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» الظالم: أن يأتى الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها، رواه سعيد بن منصور فى سننه، ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع، ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت، وما ذكروه يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشترى حتى عاد مواتًا، وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك، **النوع الثانى**: ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلى كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالإحياء فى أظهر الروايتين لما ذكرنا من الأحاديث، ولأن ذلك الملك لا حرمة له، لما روى طاوس عن النبى ﷺ أنه قال: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم بعد» رواه سعيد فى سننه وأبو عبيد فى الأموال، وقال: عادى الأرض التى كان بها ساكن فى آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس، وإنما نسبها إلى عاد، لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوى قوة وبطش وآثار كثيرة فينسب كل أثر قديم إليهم، والرواية الثانية: لا تملك، لأنها إما لمسلم أو ذمى أو بيت المال أشبه ما لو تعين ملكه، قال شيخنا: ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامرًا فاستحقوه فصار موقوفًا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه، **النوع الثالث**: ما جرى عليه الملك فى الإسلام لمسلم أو ذمى غير معين، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يملك بالإحياء، وهو إحدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث، لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أحيا أرضًا مواتًا فى غير حق مسلم فهى له» فقيده بكونه فى غير

٩١٣- **مسألة:** قال أبو القاسم: (ومن أحيا أرضًا لم تملك فهى له).

وجملته: أن الموات قسمان: أحدهما: ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء، والأخبار التى رويناها متناولة له، القسم الثانى: ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع: أحدها: ما له مالك معين وهو ضربان: أحدهما: ما ملك بشراء أو عطية، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف، وقال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه، الثانى: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتًا فهو كالذى قبله سواء، وقال مالك: يملك هذا لعموم قوله: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى تصير مواتًا عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء نهر ثم رده فيه.

ولنا: أن هذه الأرض يعرف مالكها فلم تملك بالإحياء كالتى ملكت بشراء أو عطية، والخبر مقيد بغير المملوك بقوله فى الرواية الأخرى: «من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد» وقوله: «فى غير حق مسلم» وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه، وقال هشام بن عروة فى تفسير قوله ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق» العرق الظالم: أن يأتى الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها، ذكره سعيد بن منصور فى سننه، ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع، ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك

حق مسلم، ولأن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معينًا فإن مالكها إن كان له ورثة فهى لهم، وإن لم يكن له ورثة ورثه المسلمون والثانية: أنها تملك بالإحياء، نقلها صالح وغيره وهى مذهب أبى حنيفة ومالك لعموم الأخبار، ولأنها أرض موت لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك، ولأنها إن كانت فى دار الإسلام فهى كلقطة دار الإسلام، وإن كانت فى دار الكفر فهى كالركاز.

2- **مسألة:** (ومن أحيا أرضًا ميتة فهى له للأخبار التى رويناها مسلمًا كان أو كافرًا فى دار الإسلام وغيرها).

لعموم الأخبار، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم، فأما ما عرف أنه كان مملوكًا فى دار الحرب ولم يعلم له ملك معين فهو على الروايتين، **فإن قيل:** هذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه ﷺ: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم بعد» ولأن الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى، **قلنا:** قوله: «عادى الأرض» يعنى: ما تقدم ملكه ومضت عليه الأزمان، وما كان كذلك فلا حكم لمالكه، فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكًا باقيًا وإن لم يتعين، فلهذا قلنا: لا يملك على إحدى الروايتين، وأما الركاز فإنه ينقل ويحول وهذا يخالف الأرض بدليل أن لقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف بخلاف الأرض.

إذا تركت حتى تشعثت، وما ذكروه يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشترى حتى عاد مواتًا وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك، **النوع الثانى**: ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلى كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوها فهذا يملك بالإحياء، لأن ذلك الملك لا حرمة له، وقد روى عن طاوس عن النبى ﷺ أنه قال: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم»(٤) رواه سعيد بن منصور فى سننه وأبو عبيد فى الأموال، وقال: عادى الأرض التى كان بها ساكن فى آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس، وإنما نسبها إلى عاد، لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوى قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم إليهم، ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامرًا فاستحقوه فصار موقوفًا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه.

النوع الثالث: ما جرى عليه الملك فى الإسلام لمسلم أو ذمى غير معين، فظاهر كلام الخرقى أنها لا تملك بالإحياء، وهو إحدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى، لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أحيا أرضًا مواتًا فى غير حق مسلم فهى له»(٥) فقيده بكونه فى غير حق مسلم، ولأن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معينًا فإن مالكها إن كان له ورثة فهى لهم وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون، **والرواية الثانية**: أنها تملك بالإحياء، نقلها صالح وغيره، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك، لعموم الأخبار، ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك، ولأنها إن كانت فى دار الإسلام فهى كلقطة دار الإسلام وإن كانت فى دار الكفر فهى كالركاز.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخبار، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم، فأما ما عرف أنه كان مملوكًا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين، **فإن قيل**: فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد، وقد دل عليه قوله ﷺ: «عادى الأرض لله ولرسوله» ولأن الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى، **قلنا**: قوله: «عادى الأرض» يعنى: ما يقدم ملكه ومضت عليه الأزمان، وما كان كذلك فلا حكم لمالكه، فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكًا باقيًا وإن لم يتعين، فلهذا قلنا: لا يملك على إحدى الروايتين، وأما الركاز فإنه ينقل ويحول، وهذا بخلاف الأرض بدليل أن لقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف بخلاف الأرض.

فصل: ولا فرق بين المسلم والذمى فى الإحياء، نص عليه أحمد، وبه قال مالك وأبو

فصل: ولا فرق بين المسلم والذمى فى الإحياء، نص عليه أحمد، وبه قال أبو حنيفة،

(٤) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٤٣) وأبو عبيد فى الأموال (١/ ٢٥٣/ ح٤٧٦).

(٥) أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ٢٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٢).

حنيفة، وقال مالك: لا يملك الذمى بالإحياء فى دار الإسلام، قال القاضى: وهو مذهب جماعة من أصحابنا، لقول النبى ﷺ: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى»(٦) فجمع الموتان وجعله للمسلمين، ولأن موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك.

ولنا: عموم قول النبى ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمى كسائر جهاته، وحديثهم لا نعرفه، إنما نعرف قوله: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد، ومن أحيا مواتًا من الأرض فله رقبتها»(٧) هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل، رواه طاوس عن النبى ﷺ، ثم لا يمتنع أن يريد بقوله: «هى لكم» أى لأهل دار الإسلام، والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها، وقولهم: إنها من حقوق الإسلام، قلنا: وهو من أهل الدار فيمتلكها كما يملكها بالشراء، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهى من مرافق دار الإسلام.

وقال مالك لا يملك الذمى بالإحياء فى دار الإسلام، قال القاضى: وهذا مذهب جماعة من أصحابنا، لقول رسول الله ﷺ «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى» فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين، ولأن موتان الأرض من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمى كسائر جهاته، وحديثهم لا نعرفه إنما نعرف قوله: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم بعد، ومن أحيا مواتًا من الأرض فله رقبتها» هكذا روى سعيد بن منصور وهو مرسل، ورواه طاوس عن النبى ﷺ، ثم لا يمتنع أن يريد بقوله: «هى لكم» أى: لأهل دار الإسلام، والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها، وقولهم: إنها من حقوق دار الإسلام، قلنا: هو من أهل الدار فيملكها كما يملكها بالشراء، ولأنه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهى من مرافق دار الإسلام فكذلك الموات.

3- **مسألة:** (ويملكه بإذن الإمام وغير إذنه).

وجملة ذلك أن إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى إذنه، لأن للإمام مدخلاً فى النظر فى ذلك بدليل من تحجر مواتًا فلم يحيه فإنه يطالبه بالإحياء أو الترك فافتقر إلى إذنه كمال بيت المال.

---

(٦) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٤٣) وقال: تفرد به معاوية بن هشام مرفوعًا وموصولاً، والحديث حسن، وانظر الإرواء (٥٤٩).

(٧) أخرجه البيهقى (٦/ ١٤٣) بلفظ: «فله رقبتها».

فصل: وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء ولا نعلم فيه أيضًا خلافًا بين أهل العلم، وكذلك حريم البئر والنهر والعين، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحة لقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة في غير حق مسلم فهي له» مفهومة: أن ما تعلق به حق

ولنا: عموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» ولأن هذه عينه مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش والحطب، ونظر الإمام في ذلك لا يدل على اعتبار إذنه، ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الإمام أن يأخذ حاجته وينصرف، ولم يفتقر ذلك إلى إذنه، وأما مال بيت المال فهو مملوك للمسلمين، وللإمام تعيين مصارفه وترتيبها فافتقر إلى إذنه بخلاف مسألتنا فإن هذا مباح فمن سبق إليه كان أحق الناس به كسائر المباحات.

4- **مسألة:** (إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها).

وجملة ذلك أن جميع البلاد فيما ذكرنا سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة، وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها، فإن أصحابنا قالوا: لو دخل إليها مسلم أحيا فيها مواتًا لم يملكه، لأنهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامرًا كان أو مواتًا، لأن الموات تابع للبلد، فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها، لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم، ويحتمل أن يملكها من أحياها، لعموم الخبر، ولأنها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب.

وقد روى عن أحمد: أنه ليس في السواد موات، يعني سواد العراق، قال القاضي: هو محمول على العامر، ويحتمل أن أحمد قال ذلك، لكون السواد كان معمورًا كله في زمن عمر ابن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال: أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده، لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتًا على إحدى الروايتين.

5- **مسألة:** (وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يملك بالإحياء، فإن لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين).

كل ما تعلق بمصالح العامر من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته لا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء، لا نعلم فيه أيضًا خلافًا بين أهل العلم،

مسلم لا يملك بالإحياء، ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله، وذكر القاضى أن هذه المرافق لا يملكها المحيى بالإحياء، لكن هو أحق بها من غيره، لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها، وقال الشافعى: يملك بذلك، وهو ظاهر قول الخرقى فى حريم البئر، لأنه مكان استحقه بالإحياء فملكه كالمحيى، ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع الدار فى البيع ويختص به صاحبها، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان: **إحداهما**: يجوز إحياؤه، قال أحمد فى رواية أبى الصقر فى رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه، وقال فى جبانة بين قريتين: من أحياها فهى له، وهذا مذهب الشافعى لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزنى العقيق(٨) وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياؤه كالبعيد، **والرواية الثانية**: لا يجوز إحياؤه، وبه قال أبو حنيفة والليث، لأنه فى مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب فى حائطه إلى فنائه ويجعله طريقًا، أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء فى فنائه وغير ذلك ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد.

وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه، لقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فى غير حق مسلم فهى له» مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء، ولأنه تابع للمملوك ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله، وذكر القاضى أن هذه المرافق لا يملكها المحيى بالإحياء، لكن هو أحق بها من غيره، لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها، وقال الشافعى تملك بذلك، وهو ظاهر قول الخرقى فى حريم البئر، لأنه مكان استحقه بالإحياء فملكه كالمحيى، ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع الدار فى البيع ويختص به صاحبها، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز إحياؤه فى إحدى الروايتين، قال أحمد فى رواية أبى الصقر فى رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها: فليس لهما منعه، وقال فى جبانة بين قريتين: من أحياها فهى له، وهذا مذهب الشافعى، لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» ولأن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة، ولأنه موات لم تتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياؤه كالبعيد.

والثانية: لا يجوز إحياؤه، وبه قال أبو حنيفة والليث، لأنه فى مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب فى حائطه إلى فنائه ويجعله طريقًا أو يخرب حائطه فيجعل آلات البناء فى فنائه وغير ذلك، فلم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد، إذا ثبت هذا فإنما

---

(٨) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٠٦١) وأحمد فى مسنده (١/ ٣٠٦) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٨، ١٤٩) وأبو عبيد فى الأموال (١/ ٢٥٣/ ح ٦٧٩) والحديث إسناده ضعيف.

إذا ثبت هذا: فإنه لا حد يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف، وقال الليث: حده غَلْوَة، وهى خمس الفرسخ، وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه.

ولنا: أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأى والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز، وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشىء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك، وهذا التحديد الذى ذكراه ـ والله أعلم ـ مختص بما قرب من المصر أو القرية، ولا يجوز أن يكون حدًا لكل ما قرب من عامر، لأنه يفضى إلى أن أحيا أرضًا فى موات حرم إحياء شىء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد.

فصل: وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق، وما أسلم عليه كالمدينة وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذى صولح أهله على أن الأرض لهم.

ولنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا: لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتًا لم يملكه، لأنهم صولحوا فى بلادهم فلا يجوز التعرض لشىء منها عامرًا كان أو مواتًا، لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها، لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم فحرمت علينا، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر، ولأنها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب

يرجع فى القريب والبعيد إلى العرف، وقال الليث: حده غَلْوَة: وهو خمس الفرسخ، وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه، **والثانى:** أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأى والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز، فقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل، وليس ذلك بأولى من تحديده بشىء آخر كميل أو نصف ميل، وهذا التحديد الذى ذكره ـ والله أعلم ـ يختص بما قرب من المصر أو القرية، ولا يجوز أن يكون حدًا لكل ما قرب من عامر، لأنه يفضى إلى أن من أحيا أرضًا فى موات حرم إحياء شىء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد.

6- مسألة: (ولا تملك بالمعادن الظاهرة كالملح والقار والكحل والجص والنفط بالإحياء، وليس للإمام أقطاعه).

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهى التى يوصل إلى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والموميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك، لا يملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعه لأحد من الناس ولا احتجاره

تملكها كالحشيش والحطب، وقد روى عن أحمد أنه ليس فى السواد موات، يعنى سواد العراق، قال القاضى: هذا محمول على العامر، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معمورًا كله فى زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال: إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده، لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتًا على إحدى الروايتين.

فصل: وإن تحجر مواتًا وهو أن يشرع فى إحيائه مثل أن أدار حول الأرض ترابًا وأحجارًا أو حاطها بحائط لم يملكها بذلك، لأن الملك بالإحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به، لأنه روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» رواه أبو داود(٩)، فإن نقله إلى غيره صار الثانى بمنزلته لأن صاحبه أقامه مقامه، وإن مات فوارثه أحق به، لقول النبى ﷺ: «من ترك حقًا أو مالاً فهو لورثته»(١٠) فإن باعه لم يصح بيعه، لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به، وكمن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه، قال أبو الخطاب: ويحتمل جواز بيعه، لأنه له، فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان: أحدهما: أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر، لا يملك به، فثبت الملك بما يملك به، دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه، والثانى: لا يملكه، لأن مفهوم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد» وقوله: «فى

دون المسلمين، لأن فيه ضررًا بالمسلمين وتضييقًا عليهم، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذى بإسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذى بمأرب فلما ولَّى قيل: يا رسول الله أتدرى ما أقطعت له؟ إنما أقطعته الماء العد فرجعه منه، قال: قلت: يا رسول الله ما يحمى لى من الأراك؟ قال: «ما لم تنله أخفاف الإبل» وهو حديث غريب.

ورواه سعيد قال: حدثنى إسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربى عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربى قال: استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بمأرب فأقطعنيه فقيل: يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد ـ يعنى أنه لا ينقطع، فقال رسول الله ﷺ: «فلا إذن» ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات

---

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٠٧١) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٢) والحديث ضعيف، وذكره الألبانى فى الإرواء (٦/ ٩) وقال: إسناده ضعيف مظلم، ليس فى رجاله من يعرف سوى الأول منه الصحابى، والأخير ابن بشار شيخ أبى داود وما بين ذلك مجاهيل لم يوثق أحدًا منهم أحد. اهـ.

(١٠) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٩٨/ فتح) ومسلم (٣/ فرائض/ ١٢٣٧/ ح ١٤) وأبو داود (٣/ ح٢٨٩٩) بنحوه، والترمذى (٣/ ح١٠٧٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٤١٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٩٠، ٤٥٣، ٤٥٦) والنسائى (٤/ ح١٩٦١).

حق غير مسلم فهى له»(١١) أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق، وكذلك قوله: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وروى سعيد فى سننه أن عمر ﷺ قال: من كانت له أرض يعنى من تحجر أرضًا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها، وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها، لأن الثانى أحيا فى حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما يتعلق به مصالح ملك غيره، ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشترى، فإن طالت المدة عليه فينبغى أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك، لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع، فإن سأل الإمهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك، فإن أحياه غيره فى مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما، وإن نقصت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه، لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها، وسواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له: إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها، فإن لم يقل له شيئًا واستمر تعطيلها، فقد ذكرنا عن عمر ﷺ أن من تحجر أرضًا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها، ومذهب الشافعى فى هذا كله نحو ما ذكرنا.

المسلمين، قال ابن عقيل: هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذى لا غناء عنه، ولو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الوضع الذى وضعه الله به من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفًا.

فصل: فأما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج، فإن كانت ظاهرة لم تملك أيضًا بالإحياء لما ذكرنا فى التى قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم يملكها بذلك فى ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعى، ويحتمل أن يملكها بذلك، وهو قول للشافعى لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالأرض، ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض إذا أحياها بماء أو أحاطها، ووجه الأول أن الإحياء الذى يملك به هو العمارة التى يتهيأ بها المحيى للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، **فإن قيل:** فلو احتفر بئرًا ملكها وملك حريمها، **قلنا:** البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذا المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا: وليس للإمام إقطاعها لأنها لا تملك بالإحياء،

---

(١١) تقدم تخريجه برقم (٣) بنفس الباب.

فصل: وللإمام إقطاع الموات لمن يحيه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع فى الإحياء، لما روى أن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى، رواه أبو عبيد فى الأموال(١٢)، وذكر سعيد فى سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال: سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول: إن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق، فلما ولى عمر بن الخطاب قال: ما أقطعك لتحتجنه فأقطعه الناس، وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبى ﷺ أقطعه أرضًا بحضرموت(١٣)، قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وقال سعيد: حدثنا سفيان عن ابن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب فقال عمر: لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها؟! ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض - يعنى من تحجر أرضًا - فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها(١٤).

والصحيح جواز ذلك-لأن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها، رواه أبو داود وغيره.

7- **مسألة:** (فإن كان بقرب الساحل موضع).

إذا حصل فيه الماء صار ملحًا ملك بالإحياء وللإمام إقطاعه لا يضيق على المسلمين بإحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منع كبقية الموات، وإحياء هذا تهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة إليه تصب الماء فيه لأنه يتهيأ بهذا للانتفاع به.

8- **مسألة: (وإذا ملك المحيى ملك ما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة).**

إذا ملك الأرض بالإحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهرًا كان أو باطنًا، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها، ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها، ويفارق ما إذا كان ظاهرًا قبل إحيائها، لأنه قطع على المسلمين نفعًا كان واصلاً إليهم ومنعهم انتفاعًا كان لهم، وههنا لم يقطع عنهم شيئًا، لأنه إنما ظهر بإظهاره، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها كان له إحياؤها، ويملكها بما فيها، لأنه صار أحق بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه.

---

(١٢) تقدم برقم (٨).

(١٣) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٠٥٨) والترمذى (٣/ ح١٣٨١) وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن، وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٩٩) ولم يذكر بحضرموت، والحديث إسناده صحيح، والدارمى (٢/ ح٢٦٠٩).

(١٤) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٤٨) وأبو عبيد فى الأموال (١/ ٢٦٨/ ح٧١٤).

٩١٤- **مسألة:** قال: **(إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان).**

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل إلى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير(*) والموميا[١٥] والنفط والكحل والبرام[١٦] والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضررًا بالمسلمين وتضييقًا عليهم، ولأن النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح، فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العد رده، كذا قال أحمد، وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم[١٧]، عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح بمأرب فلما ولى قيل: يا رسول الله أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت له الماء العد فرجعه منه، قال: قلت يا رسول الله: ما يحمى من الأراك؟ قال: «ما لم تنله أخفاف الإبل» وهو حديث غريب، وروي في لفظ عنه أنه قال: «لا حمى في الأراك» ورواه سعيد فقال: حدثني إسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال: استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح؟ بمأرب فأقطعنيه، فقيل: يا رسول الله، إنه

9- **مسألة: (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به لأنه في ملكه).**

ويملكه في إحدى الروايتين لأنه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع، **والثانية:** لا يملكه وهي أصح لقول النبي ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار» رواه الخلال، ولأنها ليست من أجزاء الأرض لم يملكها بملك الأرض كالكنز.

10- **مسألة: (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبهائم غيره).**

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته» وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين: **إحداهما:** لا يلزمه، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، **والثانية:** يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «الماء» رواه أبو داود.

(*) القير: الزفت.

(١٥) الموميا: مادة تجمد فتصير قارًا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء تلطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير. [وهو ما يسمى عند المصريين (بالتحنيط)] الجامع لمفردات الأدوية (٤/ ٦٩).

(١٦) البرام: القدور من الحجارة.

(١٧) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٠٦٤) والترمذي (٣/ ح١٣٨٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٧٥) والدارمي في مسنده (٢/ ح٢٦٠٨) وأبو عبيد في الأموال (١/ ٣٥٥/ ح٦٨٥).

بمنزلة الماء العد، يعنى أنه لا ينقطع، فقال رسول الله ﷺ: «فلا إذن»[١٨] ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين، وقال ابن عقيل: هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذى لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفًا.

فصل: فأما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبللور والفيروزج فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضًا بالإحياء لما ذكرنا فى التى قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعى، ويحتمل أن يملكها بذلك، وهو قول للشافعى لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالأرض ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض إذا جاءها بماء أو حاطها، ووجه الأول أن الإحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيى للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، **فإن قيل:** فلو احتفر بئرًا ملكها وملك حريمها، **قلنا:** البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا: وليس للإمام إقطاعها، لأنها لا تملك بالإحياء، والصحيح جواز ذلك، لأن النبى ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها، رواه أبو داود وغيره[١٩].

فصل: ومن أحيا أرضًا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهرًا كان أو باطنًا إذا كان من المعادن الجامدة، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها، ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها، ويفارق ما إذا كان ظاهرًا قبل إحيائها، لأنه قطع عن المسلمين نفعًا كان واصلاً إليهم ومنعهم انتفاعًا كان لهم، وههنا لم يقطع عنهم شيئًا لأنه ظهر بإظهاره له، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها، ويملكها بما فيها، لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه.

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت فى ملكه؟ فيه روايتان: **أظهرهما:** لا يملكها لقول النبى ﷺ «الناس شركاء فى ثلاث: فى الماء والكلأ والنار»[٢٠] رواه الخلال، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز، **والثانية:** يملكها، لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة.

---

(١٨) تقدم فى الحديث السابق.

(١٩) تقدم برقم (١٨) من المغنى.

(٢٠) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٤٧٧) وأبو عبيد فى الأموال (١/ ٢٧١/ ح٧٢٩) والحديث إسناده صحيح.

فـــصل: ولو شرع إنسان فـى حفر معدن ولـم يصل إلـى النيل صار أحق به كالمتـحجر الشارع فى الإحـياء ، فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالأخذ منه ما دام مـقيمًا على الأخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه، وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل، لأنه إن ملكه فإنما يملك المكان الذى حفره، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك، ومن وصل إليه من جهـة أخرى فله أخذه، ولو ظهر فى ملكه معدن بحـيث يخرج النيل عن أرضه فحفر إنسان من خارج أرضه كـان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلاً فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة، ولو حفـر كافر فى دار الحرب معدنًا فوصل إلى النيل ثم فتحـها المسلمون عنوة لم تصـر غنيمة وكان وجـود عمله وعدمه واحدًا لأن عـامره لم يملكه بذلك، ولو ملكه فـإن الأرض كلها تصيـر وقفًـا للمسلمـين، وهذا ينصرف إلى مـصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى.

فـــصل: ولو كان فى الموات مـوضع يمكن أن يحدث فيه معـدنًا ظاهرًا كموضع على شاطئ البحر إذا صار فـيه ماء البحر صار ملحًا بالإحياء، وجـاز للإمام إقطاعه، لأنه لا يضيق على المسلمين بإحداثه، بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع كبقـية الموات وإحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة إليه تصب الماء فيه، لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به.

فـــصل: ومن ملك معدنًا فـعمل فيه غيره بغـير إذنه فما حصل منه فهـو لمالكه ولا أجر

فـــصل: ولو شرع إنسان فـى حفر معدن ولـم يصل إلـى النيل صار أحق به كالمتـحجر الشارع فى الإحـياء ، فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالأخذ منه ما دام مـقيمًا على الأخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه ما قـد ذكرنا من قبل فإن حفر آخر من ناحـية أخرى لم يكن له منعه، وإذا وصل إلى ذلك العراق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل، لأنه إن ملكه فإنما يملك المكان الذى حفره، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك، ومن وصل إليه من جهـة أخرى فله أخذه، ولو ظهر فى ملكه معدن بحـيث يخرج النيل عن أرضه فحفر إنسان من خارج أرضه كـان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلاً فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة، ولو حفـر كافر فى دار الحرب معدنًا فوصل إلى النيل ثم فتحها المـسلمون عنوة لم يصر غنيمة وكان وجود عمله وعـدمه واحدًا، لأن عامره لم يملك بذلك، ولو ملكه فـإن الأرض تصير كلهـا وقفًـا للمسلمـين، وهذا ينصرف إلى مـصلحة من مصالحهم فتعين لها، كما لو ظهر بفعل الله تعالى.

فـــصل: ومن ملك معدنًا فـعمل فيه غيره بغـير إذنه فما حصله منه فهـو لمالكه ولا أجر

للغاصب على عمله، لأنه عمل فى ملك غيره بغير إذنه أشبه ما لو حصد زرع غيره بغير إذنه، وإن قال مالكه: اعـمل فيه ولك ما يخـرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعـدن فيه، لأنه إباحة من مالكه فـملك ما أخذه كما لو أباحـه الأخذ من داره أو بستانه، وإن قال: اعـمل فيه على أن ما رزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان: **أحدهـما**: يجوز وما يأخذه يكون بينهما كـما لو قال له احصد هذا الزرع بنصـفه أو ثلثه، ولأنها عين تنمى بالعـمل عليها فصح العمل فـيها ببعضه كالمـضاربة فى الأثمان، **والثـانى**: لا يصح، لأن مـا يحـصل منه مجهول، ولأنه لا يصح أن يكون إجـارة، لأن العوض مجهول والعمل مجـهول، ولا جعالة، لأن العوض مجهول، ولا مضاربـة، لأن المضاربة إنما تصح بالأثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح، وليـس ذلك هـهنا، وفارق حصاد الزرع بنصـفه أو جزء منه، لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا، وإن قال: اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطينى ألفًا أو شيئًـا معلومًا لم يصح، لأنه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمـضاربة لما ذكرنا، ولأن المضاربة تكون بجـزء من النماء لا دراهم معلومة، قال أحمد: إذا أخذ معدنًا من قوم عـلى أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفى منّا(*) وألف مـنّا صفرًا فذلك مكروه ولم يرخص فيه، والله الموفق.

للغاصب على عمله، لأنه عمل فى ملك غيره بغير إذنه فهو كما لو حصد زرع غيره، وإن قال مالكه: اعمل فيـه ولك ما يخرج منه فله ذلك، وليس لصاحب المعـدن فيه شيء، لأنه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الأخذ من بستانه، وإن قال: اعمل فيه على أن ما رزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز، وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال: احصـد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه، ولأنها عين تنـمى بالعمل عليها فصح العمل فـيها ببعضه كالمضاربة فى الأثمان، **والثانى**: لا يصح، لأن ما يحصل منه مجهول، ولأنه لا يصح أن يكون إجارة لأن العوض مجـهول والعمل مجهول، لا جعالة، لأن العـوض مجهول، ولا مضاربة، لأن المضاربة إنما تصح بالأثمان على أن يرد رأس المال ويكون له حصة من الربح، وليس ذلك ههنا، وفارق حـصاد الزرع بنصفـه أو جزء منه، لأن الزرع معلوم بالمشـاهدة وما علم جميـعه علم جزؤه بخلاف هذا، وإن قال: اعـمل فيه كذا ولك مـا يحصل منه بشرط أن تعطينى ألفًـا أو شـيئًـا معلـومًا لم يصح، لأنه بيـع لمجـهول، ولا يصـح أن يكون معلومًـا كالمضاربة لما ذكرنا، ولأن المضاربة تكون بجزء من النماء لا دراهم معلومة، قال أحمد: إذا أخذ معدنًا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفى منّا أو ألف منّا صفرًا فذلك مكروه ولم يرخص فيه.

(*) المن: كيل أو ميزان.

فـصل: إذا استأجـر رجلاً ليحفر له عـشرة أذرع فى دور كذا بدينار صح ، لأنهـا إجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهـب فقال: استأجرتك لتخرجه بدينار لم يـصح لأن العمل مجهول، وإن قال: إن استخرجته فلك دينار صح ويكون جعـالة، لأن الجعالة تصح على عمل مجهول إذا كان العوض معلومًا.

فصل: ومن سبق فى الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه ، لقول النبى ﷺ : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»[٢١] فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحـيث يمنع غيره منه لأنه يضيق على الناس ما لا نفع فـيه فأشبه ما لو وقف فى مـشرعة الماء لغير حاجة، وإن أطال المقام والأخذ احـتمل أن يمنع لأنه يصير كالتملك له واحتمل أن لا يمنع لإطلاق الحديث، وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه، ويحتمل أن يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عـينًا فى أيديهما ولا بينة لأحدهما بها ويحتمل أن يـقدم الإمام من يرى منهما، لأنه له نظرًا، وذكر القاضى وجـهًا رابعًا وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ويـقسم بينهما، وهذا التفصيل مذهب الشافعى.

فـصل: وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالإحياء ، قال أحمد فى رواية العباس ابن موسى[٢٢]: إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء[*] رجل لم يبن فيها لأن فيه ضررًا وهو أن الماء يرجع، يعنـى أنه يرجع إلى ذلك المكان، فإذا وجده مـبنيًا رجع إلى الجـانب الآخر فأضر بأهـله، ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مـجرى المعادن الظـاهرة، وقد قال

فـصل: إذا استأجـر رجلاً ليحفر له عـشرة أذرع فى دور كذا بدينار صح ، لأنهـا إجارة معلومة، وإن ظهر عرق ذهب فقال: استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح، لأن العمل مجهول، وإن قال: إن استخرجته فلك دينار صح وتكون جعـالة، لأن الجعالة تصح على عمل مجهول إذا كان العوض معلومًا.

فـصل: وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالإحياء ، قال أحمد فى رواية العباس ابن موسى: إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها، لأن فيه ضررًا وهو أن الماء يرجع يعنى أنه يرجع إلى ذلك المكان فإذا وجـده مبنيّا رجع إلى الجانب الآخـر فأضر بأهله، ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب فـجرى مجرى المعادن الظـاهرة، وقد قال النبى ﷺ : «لا حمى إلا فى الأراك» قـال أحمد فى رواية حـرب: يروى عن عمر أنه أبـاح الجزائر يعنى

---

(٢١) تقدم برقم (٩).

(٢٢) هو العباس بن مـحمد بن موسى الخلال: بغـدادى من أصحاب الإمام أحمد الأولين الذين كـان يعتد بهم، وله مسائل عنه يقول فيها قبل الحبس وبعده، طبقات الحنابلة (١/ ٢٣٩).

(*) فى بعض النسخ: قفاه.

النبى ﷺ: «لا حمى فى الأراك»(٢٣) وقال أحمد فى رواية حرب: يروى عن عمر أنه أباح الجزائر، يعنى أباح ما ينبت فى الجزائر من النبات، وقال: إذا نضب الفرات عن شيء ثم نبت عن نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما إن غلب الماء على ملك إنسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه، وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر فى الموات.

فصل: وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لأحد إحياؤه، سواء كان واسعًا أو ضيقًا وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز، قال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق غدوة: فهو له إلى الليل وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى، وقد قال النبى ﷺ: «منى مناخ من سبق»(٢٤) وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية(٢٥) وتابوت وكساء ونحوه، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له البناء لا دكة ولا غيرها، لأنه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل

أباح ما ينبت فى الجزائر من النبات، وقال: إذا نضب الفرات عن شيء نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك، فأما إن غلب الماء على ملك إنسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه، فإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا تراد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره، لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر فى الموات.

فصل: قال رحمه الله: **(وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط أو يجرى لها)**.

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب وهو ظاهر كلام الخرقى، نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد فقال: الإحياء أن يحوط عليها حائطًا أو يحفر فيها بئرًا أو نهرًا ولا يعتبر فى ذلك تسقيف، وذلك لما روى

---

(٢٣) تقدم برقم (١٧).

(٢٤) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٠١٩) من حديث عائشة بلفظ: قلت: يا رسول الله ألا نبنى لك بمنى بيتًا أو بناء يظلك من الشمس، فقال: «لا، إنما هو مناخ من سبق إليه» وإسناده ضعيف فيه إبراهيم بن المهاجر، والترمذى (٨٨١) وابن ماجه وغيرهم، وتقدم تخريجه مستوفيًا برقم (29 - شرح فى المجلد الرابع).

(٢٥) **البارية**: هو الحصير.

والضرير فى الليل والنهار، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به ما دام فيه، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه، لأن يده قد زالت، وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه، ويحتمل أن لا يزال، لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الإمام من يرى عنهما، وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره، قال أحمد: ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق، قال القاضى: هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذى المارة لما تقدم ذكرنا له وقال: لا يعجبنى الطحن فى العروب إذا كانت فى طريق الناس وهى السفن التى يطحن فيها فى الماء الجارى، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء، قال أحمد: ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها.

فصل: فى القطائع: وهى ضربان: **أحدهما**: إقطاع إرفاق، وذلك إقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التى ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها، لأن له فى ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة، فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك، بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع سواء إلا فى شىء واحد، وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها، لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه

الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أحاط حائطًا على أرض فهى له»(١) رواه أبو داود والإمام أحمد فى مسنده، وروى عن جابر عن النبى ﷺ مثله ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ويبين هذا أن القصد ـ لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم كم لو جعلها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتًا فإنه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعًا يمنع ما وراءه ويكون ما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان، فإن كان ممن جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك إحياء، وإن بناه بأقوى مما جرت به عادتهم كان أولى، وقال القاضى فى صفة الإحياء روايتان: **إحداهما**: ما ذكرنا، **والثانية**: الإحياء ما تعارفه الناس إحياء، لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء فى العرف كما أنه لما ورد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٧٧) من حديث سمرة، وأحمد فى مسنده (٥/ ١٢، ٢١) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٨) وفى إسناده الحسن ولم يسمع من سمرة بن جندب كما قال الحافظ فى التهذيب.

فيها، فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذى استحق به، وهذا استحق بإقطاع الإمام، فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره(*) الجلوس فيه، وحكمه فى التظليل على نفسه بما ليس بناء، ومنعه من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه، الثانى: إقطاع موات من الأرض لمن يحييها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضًا فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه، حديث صحيح(٢٦)، وأقطع بلال بن الحارث المزنى وأبيض بن حمال المأربى(٢٧)، وأقطع الزبير حُضْرَ فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال: «أعطوه من حيث وقع السوط»(٢٨) رواه سعيد وأبو داود، وذكر البخارى عن أنس قال: دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا: يا رسول الله إن فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها(٢٩)، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله

باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف، ولأن النبى ﷺ لا يعلق الحكم على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقًا لمعرفته إذا ليس له طريق سواه، إذا ثبت هذا فإن الأرض تحيا دارًا للسكنى وحظيرة ومزرعة، فإحياء كل واحدة من ذلك بما تتهيأ به للانتفاع الذى أريدت له، فأما الدار فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح للسكنى إلا بذلك، والحظيرة إحياؤها بحائط جرت به العادة لمثلها، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة لم تجر به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك، فإن جعل عليها خندقًا لم يكن إحياء لأنه ليس بحائط ولا عمارة إنما هو حفر تخريب، وكذلك إن حاطها بشوك وشبهه لا يكون إحياء ويكون تحجرًا لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك، ولو نزل منزلاً فنصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر، وإن كان المانع من زرعها كثرة الأحجار كأرض الحجاز فإحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها حتى تصلح للزرع، وإن كانت غياضًا أو أشجارًا كأرض الشعرى فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها

(*) فى بعض النسخ/ ولا يغره.

(٢٦) تقدم برقم (١٣).

(٢٧) تقدم برقمى (١٢، ١٧).

(٢٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٧٢) وأحمد (٢/ ١٥٦) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٤) من طريق عبد الله ابن عمر العمرى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال... وذكر... وإسناده ضعيف، فيه عبد الله بن عمر العمرى قال الحافظ فى التقريب: ضعيف.

حضر فرسه: عدوها أى ما تعدو عدوة واحدة.

(٢٩) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٧٧) من حديث أنس، وأحمد (٣/ ١١١).

أرضًا، وأن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبى ﷺ: الزبير وسعدًا وابن مسعود وأسامة ابن زيد وخباب بن الأرت، ويروى عن نافع أبى عبد الله أنه قال لعمر: إن قبلنا أرضًا بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين فإن رأيت أن تقطعنيها أتخذ فيها قصيلاً لخيلى فافعل، قال: فكتب عمر إلى أبى موسى إن كانت كما يقول فأقطعها إياه، روى هذه الآثار كلها أبو عبيد فى الأموال(٣٠)، وروى سعيد عن سفيان عن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبى ﷺ أقطع ناسًا من جهينة أو مزينة أرضًا(٣١).

إذا ثبت هذا: فإن من أقطعه الإمام شيئًا من الموات لم يملكه بذلك، لكن يصير أحق به كالمتحجر للشارع فى الإحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذى أقطعه إياه رسول الله ﷺ (٣٢)، ولو ملكه لم يجز استرجاعه، ورد عمر أيضًا قطيعة أبى بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتابًا فقال: والله لا أجدد شيئًا رده عمر، رواه أبو عبيد(٣٣)، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بإحيائه، فإن أحياه وإلا قال له السلطان إن أحييته وإلا فارفع يدك عنه، كما قال عمر لبلال بن الحارث المزنى: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجبه دون الناس، وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى، وإن طلب المهلة لعذر أُمهل بقدر ذلك، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل على ما ذكرنا فى المتحجر، وإن سبق غيره فأحياه قبل أن يقال له شىء أو فى مدة المهلة فهل يملكه؟ على وجهين.

المانعة من الزرع، وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فإحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له من غير حاجة إلى تكرار ذلك فى كل عام فكان إحياء كسوق الماء إلى أرض لا ماء لها ولا يعتبر فى إحياء الأرض حرثها ولا زرعها، لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر فى الإحياء كسقيها وكالسكنى فى البيوت ولا يحصل الإحياء بذلك إذا فعله بمجرده لما ذكرنا، ولا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت، وبه قال الشافعى فيما ذكرنا فى الرواية الثانية إلا أن له وجهًا فى أن حرثها وزرعها إحياء لها وأن ذلك معتبر فى إحيائها لا يتم بدونه، وكذلك نصب الأبواب على البيوت لأنه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا، ولأن السكنى ممكنة بدون نصف الأبواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها.

١١- **مسألة: (وإن حفر بئرًا عادية ملك حريمها خمسين ذراعًا وإن لم يكن عادية فحريمها خمسة وعشرون)** البئر العاديَّة بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عادًا بعينها لكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب إليها كل قديم، فكل من سبق

---

(٣٠) تقدم تخريجه برقم (١٢) مغنى.
(٣١) تقدم تخريجه برقم (١٤).
(٣٢) تقدم برقم (١٢).
(٣٣) أخرجه أبو عبيد فى الأموال (٢٧٦، ٢٧٧).

وقد روى عن عمرو بن شعيب أن النبى ﷺ أقطع ناسًا من جهينة أو مزينة أرضًا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر: لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها فدل هذا على أنها إذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهى لمن أحياها، **والثانى**: لا يملكه، لأنه تعلق به حق المقطع، ومفهوم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فى غير حق مسلم فهى له» أنه إذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحياؤها، وقد ذكرنا الوجهين فى المتحجر، وهذا مثله، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كنحو ما ذكرنا.

فصل: وليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة، لأن النبى ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال الملح الذى بمأرب فقيل: يا رسول الله إنما أقطعته الماء العد فأرجعه منه، ولأن فى ذلك تضييقًا على المسلمين، وفى إقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى.

فصل: ولا ينبغى أن يقطع الإمام أحدًا من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه، لأن فى إقطاعه أكثر من ذلك تضييقًا على الناس فى حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه، فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته العقيق الذى أقطعه إياه رسول الله ﷺ.

فصل: فى الحمى، ومعناه: أن يحمى أرضًا من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من

إلى بئر عادية كان أحق بها لقول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» وله حريمها خمسون ذراعًا من كل جانب، وإن حفر بئرًا فى موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعًا من كل جانب، نص أحمد على هذا فى رواية حرب وعبد الله، واختاره أكثر أصحابنا، وقال القاضى وأبو الخطاب: ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها فى الحقيقة ما يحتاج إليه فى ترقية مائها منها فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره وإن كان بساقية فبقدر طول البئر، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه، ولأنه المكان الذى تمشى إليه البهيمة، وإن كان يستقى منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها، وإن كان المستخرج عينًا فحريمها القدر الذى يحتاج إليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر بأخذه منه ولو كان ألف ذراع، وحريم النهر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف، وذلك أن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها، وقال أبو حنيفة: حريم البئر أربعون ذراعًا، وحريم العين خمسمائة ذراع، لأن أبا هريرة روى أن النبى ﷺ قال: «حريم البئر أربعون ذراعًا لأعطان الإبل والغنم» وعن الشعبى مثله، رواه أبو عبيد.

ولنا: ما روى أن الدارقطنى والخلال بإسنادهما عن النبى ﷺ أنه قال: «حريم البئر

الكلأ ليختص بها دونهم، وكانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من إذا انتجع بلدًا أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه، فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشىء لهم فيه حق.

وروى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[(٣٤)] رواه أبو داود وقال: «الناس شركاء فى ثلاث: الماء والنار والكلأ»[(٣٥)] رواه الخلال، وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمى لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبى ﷺ فقد كان له أن يحمى لنفسه وللمسلمين لقوله فى الخبر: «لا حمى إلا لله ولرسوله» لكنه لم يحم لنفسه شيئًا وإنما حمى للمسلمين فقد روى ابن عمر قال: حمى النبى ﷺ النقيع لخيل المسلمين، رواه أبو عبيد[(٣٦)] والنقيع ـ بالنون ـ موضع ينتقع فيه الماء

البدى خمس وعشرون ذراعًا، وحريم البئر العادى خمسون ذراعًا» وهذا نص، وروى أبو عبيد بإسناده عن يحيى بن سعيد الأنصارى أنه قال: السنة فى حريم القليب العادى خمسون ذراعًا والبدى خمس وعشرون ذراعًا، وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال: حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعًا من نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها، وحريم البئر العادى خمسون ذراعًا من نواحيها كلها، ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر فى ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حوله عطنًا لإبله وموقفًا لدوابه وغنمه وموضعًا يجعل فيه أحواضًا يسقى منها ماشيته، وموقفًا لدابته التى يستقى عليها وأشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج إليه فى ترقية الماء، فأما حديث أبى حنيفة فحديثنا أصح منه، ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه.

١٢- **مسألة: (وقيل: حريمها قدر مد رشائها من كل جانب)** لما ذكرنا من الحديث، إذا ثبت ذلك فإن ظاهر كلامه فى هذا الكتاب وظاهر كلام الخرقى أنه يملك حريم البئر، ونقل عن الشافعى وقال القاضى: بل يكون أحق به.

١٣- **مسألة: (وقيل: إحياء الأرض ما عد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها)**

---

(٣٤) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٧٠) من حديث ابن عباس عن الصعب بن جثامة، وأبو داود (٣/ ٣٠٨٣) وأحمد (٤/ ٣٨، ٧١، ٧٣) وعبد الرزاق فى المصنف (١١/ ١٩٧٥٠) والحاكم (٢/ ٦١) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٦) وابن حبان (١/ ح١٣٧).

(٣٥) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٤٧٧) بلفظ «المسلمون» وكذلك أحمد (٤/ ٣٦٤) والبيهقى (٦/ ١٥٠) وإسناده صحيح، وهذا مخالف لرواية «الناس» فهو بهذا اللفظ شاذ لمخالفته لرواية الجماعة كما تقدم. وأخرجه بهذا اللفظ أبو عبيد فى الأموال (٧٢٩).

(٣٦) أخرجه أحمد (٢/ ١٥٥، ١٥٧) بلفظ: «حمى النقيع» من حديث ابن عمر، وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح، وأبو عبيد فى كتاب الأموال (٧٤٠) من طريق عبد الله بن عمر العمرى وفيه مقال.

فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئًا ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التى يقوم الإمام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى فى صحيح قوليه، وقال فى الآخر: ليس لغير النبى ﷺ أن يحمى لقوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله».

ولنا: أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعًا وروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير ـ أحسبه عن أبيه ـ قال: أتى أعرابى عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الإسلام علام تحميها؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله والعباد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت شبرًا من الأرض فى شبر(٣٧)، وقال مالك: بلغنى أنه كان يحمل فى كل عام على أربعين ألفًا من الظهر، وعن أسلم قال: سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حمى الربذة، يا هنى اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة ودعنى من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وإن هذا المسكين إن هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلأ أهون علىَّ أم غرم الذهب والورق إنها أرضهم قاتلوا عليها فى الجاهلية

وقد ذكرنا ذلك، وقيل: ما يتكرر كل عام كالسقى والحرث فليس بإحياء وما لا يتكرر فهو إحياء، لأن العرف أن حرث الأرض مرة ليس بإحياء وإن عمل الحائط عليها ونحوه إحياء، وللشافعى وجه فى أن الزرع والحرث إحياء وقد ذكرناه، فإن كانت كثيرة الدغل والحشيش كالمروج التى لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان إحياء على قياس ما ذكرنا أولاً.

فصل: ولا بد أن يكون البئر فيها ماء فإن لم تصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع فى الإحياء على ما نذكره، وقوله: ومن حفر بئرًا عادية يحمل على البئر التى انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها فأما البئر التى لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجازه ومنعه، لأنه بمنزلة المعادن الظاهرة التى يرتفق بها الناس، وهكذا العيون النابعة ليس لأحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئرًا للمسلمين ينتفعون بها أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها، فإذا تركها للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقيمًا عندها، لأنه سابق إليها فهو كالمتحجر الشارع فى الإحياء.

(٣٧) أخرجه أبو عبيد فى الأموال (٧٤٢).

وأسلموا عليها فى الإسلام وإنهم ليرون أنَّا نظلمهم ولولا النعم التى يحمل عليها فى سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئًا أبدًا، وهذا إجماع منهم، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «ما أطعم الله لنبى طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده»(٣٨) وأما الخبر فمخصوص، وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبى ﷺ لنفسه، لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرده فى المسلمين ففارق الأئمة فى ذلك وساووه فيما كان صلاح المسلمين، وليس لهم أن يحموا إلا قدرًا لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس.

فصل: وما حماه النبى ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه، ومن أحيا منه شيئًا لم يملكه، وإن زالت الحاجة ففيه وجهان، وما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الأئمة جاز، وإن أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين، لأن حمى الأئمة اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص يقدم على الاجتهاد، **والوجه الآخر**: لا يملكه، لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه، ومذهب الشافعى فى هذا على نحو ما قلنا، والله أعلم.

فصل: إذا كان لإنسان شجرة فى موات فله حريمها قدر ما تمد إليه أغصانها حواليها وفى النخلة مد جريدها، لما روى أبو سعيد قال: اختصم إلى النبى ﷺ فى حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك، رواه أبو داود، وإن غرس شجرة فى موات فهى له وحريمها، وإن سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجر الشارع فى الإحياء، فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه، لأنه يتهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كسوق المال إلى الأرض الموات ولقول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به».

فصل: ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبًا منها بئرًا ينسرق إليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك، سواء كان محتفر الثانية فى ملكه مثل رجلين متجاورين فى دارين حفر أحدهما فى داره بئرًا ثم الآخر بئرًا أعمق منها فسرى إليها ماء الأولى أو كانتا فى موات فسبق أحدهما فحفر بئرًا ثم جاء آخر فحفر قريبًا منها بئرًا يجتذب ماء الأولى، ووافق الشافعى فى هذه الصورة الثانية، لأنه ليس له أن يبتدئ ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال فى الأولى: له ذلك، لأنه تصرف مباح فى ملكه فجاز له فعله كتعلية داره، وهكذا الخلاف فى كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل أن يجعل داره مدبغة أو حمامًا يضر بعقار جاره بحمى ناره ورماده

---

(٣٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٧٣) من حديث أبى بكر بلفظ: «إن الله عز وجل إذا أطعم نبيًا طعمة فهى للذى يقوم من بعده» وأحمد فى مسنده (١/ ٤) بنحوه وإسناده صحيح.

فصل: فى أحكام المياه: قد ذكرنا فى البيع حكم ملكها وبيعها، ونذكر هـهنا حكم السقى بها فنقول: لا يخلو الماء من حالين، إما أن يكون جاريًا أو واقفًا، فإن كان جاريًا فهو ضربان: أحدهما: أن يكون فى نهر غير مملوك وهو قسمان: أحدهما: أن يكون نهرًا عظيمًا كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التى لا يستضر أحد بسقيه منها، فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقى منها ما شاء متى شاء وكيف شاء، القسم الثانى: أن يكون نهرًا صغيرًا يزدحم الناس فيه ويتشاحون فى مائة أو سيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه، فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ثم يرسل إلى الذى يليه فيصنع كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها، فإن لم يفضل عن الأول شىء أو عن الثانى أو عمن يليهم فلا شىء للباقين، لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة فى الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعى، ولا نعلم فيه مخالفًا، والأصل فى هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شراج الحرة التى يسقون بها إلى النبى ﷺ فقال ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصارى وقال يا رسول الله: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزبير: فوالله إنى لأحسب هذه الآية نزلت فيه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (النساء: ٦٥) متفق عليه(٣٩)، ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى عن عروة عن عبد الله بن الزبير، وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى قال: نظرنا فى قول النبى ﷺ: «ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر»(٤٠) فكان ذلك إلى

ودخانه أو يحفر فى أصل حائطه حشًا يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزًا فى وسط العطارين ونحوه مما يؤذى جاره، وقال الشافعى: له ذلك كله، وروى ذلك عن أحمد وهو قول بعض الحنيفة، لأنه تصرف مباح فى ملكه أشبه بناءه ونقضه.

ولنا قول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» ولأنه إحداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذى يهز الحيطان ويخربها وكإلقاء السماد والتراب فى أصل حائطه على وجه يضر به، ولو كان لرجل مصنع فأراد جاره غرس شجر مما تسرى عروقه فتشق حائط مصنع جاره وتتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها إن غرسها، ولو كان هذا الذى حصل منه الضرر سابقًا

---

(٣٩) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٥٩، ٢٣٦٠) من حديث عبد الله بن الزبير، ومسلم (٤/ كتاب الفضائل/ ١٨٣٠/ ح١٢٩) وأبو داود (٣/ ح٣٦٣٧) والترمذى (٣/ ح١٣٦٣) والنسائى (٨/ ح٥٤٣١) وابن ماجه (١/ ١٥) (٢/ ٢٤٨٠) وأحمد (٤/ ٥).

(٤٠) أخرجه ابن عبد البر فى التمهيد (١٧/ ٤٠٨) وقال: سئل أبو بكر البزار عنه فقال: لست أحفظ فيه بهذا اللفظ عن النبى ﷺ حديثًا بهذا، وأخرج عبد الرزاق من طريق معمر قال: سمعت الزهرى يقول فذكره. . . والحديث مرسل.

الكعبين، قال أبو عبيد: الشراج جمع شرج، والشرج: نهر صغير والحرة: أرض ملتبسة بحجارة سود، والجدر: الجدار، وإنما أمر النبى ﷺ الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلاً على غيره، فلما قال الأنصارى ما قال استوعى النبى ﷺ للزبير حقه، وروى مالك فى الموطأ أيضًا عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال فى سيل مهزور ومذينيب: «يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل» قال ابن عبد البر هذا حديث مدنى مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم[٤١]، قال عبد الملك بن حبيب: مهزور ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر وتتنافس أهل الحوائط فى سيلهما، وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبه بن أبى مالك أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلاً من قريش كان له سهم فى بنى قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ فى سيل مهزوز والسيل الذى يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل[٤٢]، ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء فكان أولى به كمن سبق إلى المشرعة، فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها مستعلية ومنها مستغلة سقى كل واحدة منهما على حدتها، وإن استوى اثنان فى القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن، وإن لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقى بجميع الماء، لأن

مثل من له فى ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا إنسان إلى جانبه مواتًا وبناه دارًا فتضرر بذلك لم يلزمه إزالة الضرر بغير خلاف نعلمه لأنه لم يحدث ضررًا.

14- مسألة: (ومن تحجر مواتًا لم يملكه، وهو أحق به وورثته من بعده ومن ينقله إليه، وليس له بيعه وقيل: له ذلك).

تحجر الموات المشروع فى إحيائه مثل أن يدير حول الأرض ترابًا أو أحجارًا أو حاطها بجدار صغير لم يملكها بذلك، لأن الملك بالإحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» رواه أبو داود، فإن مات فوارثه أحق به لقول رسول الله ﷺ: «من ترك حقًا أو مالاً فهو لورثته»[2]

---

(٤١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٣٩) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وابن ماجه (٢/ ٢٤٨١) بنحوه من حديث ثعلبه بن أبى مالك. كما أخرجه الإمام مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٤/ ح٢٨) من حديث عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلاً ووصله.

(٤٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٣٨) من حديث ثعلبة بن مالك، والحديث صحيح.

(2) أخرجه البخارى (٤/ ح٢٢٩٨/ فتح) ومسلم (٣/ فرائض/ ١٢٣٧/ ح ١٤) وأبو داود (٣/ ح٢٨٩٩) بنحوه، والترمذي (٣/ ح١٠٧٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٤١٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٩٠، ٤٥٣، ٤٥٦) والنسائى (٤/ ح١٩٦١).

الآخر يساويه في استحقاق الماء، وإنما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى، فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض، لأن الزائد من أرض أحدهما مساو فى القرب فاستحق جزءًا من الماء كما لو كان لشخص ثالث، وإن كان لجماعة رسم شرب من نهى غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيى مواتًا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم، لأنهم أسبق إلى النهر منه، ولأن من ملك أرضًا ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان: **أحدهما:** ليس لهم منعه لأن حقهم فى النهر لا فى الموات، **والثانى:** لهم منعه، لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقى لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال، فإذا قلنا: ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا فى أسفله مواتًا ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثانى كان للأسفل السقى أولاً ثم الثانى ثم الثالث، ويقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر لما ذكرنا.

فصل: **الضرب الثانى:** الماء الجارى فى نهر مملوك وهو أيضًا قسمان: **أحدهما:** أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهرًا صغيرًا يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع فى الإحياء فإذا اتصل الحفر كمل الإحياء وملكه، لأن الملك بالإحياء أن تنتهى العمارة إلى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها، وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجر لأن الإحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكًا لقرار النهر وحافتيه، وهواؤه حق له وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من

فإن نقله إلى غيره صار الثانى أحق به لأن صاحبه أقامه مقامه، وليس له بيعه فإن باعه لم يصح لأنه لا يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به وكمن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه وقيل: له بيعه لأنه أحق به.

15- **مسألة: (فإن لم يتم إحياءه قيل له: إما أن تحييه وإما أن تتركه)** إذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحيه فينبغى أن يقول السلطان: إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك، لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع به ولا يدع غيره.

16- **مسألة: (فإن طلب الإمهال أمهل مدة قريبة).**

كالشهرين والثلاثة ونحوها، لأنه يسير فإن بادره غيره فأحياه فى مدة المهلة أو قبل ذلك ملكه بالإحياء فى أحد الوجهين، لأن الإحياء يملك به والتحجر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون ما لا يملك به، كمن سبق إلى معدن أو مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث فى الإحياء، **والثانى:** لا يملكه، لأن مفهوم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فى

كل جانب، وعند القاضى أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر، وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر، وهذا مذهب الشافعى، وظاهر قول الخرقى أنه مملوك لصاحبه، لقول رسول الله : «من أحيا أرضًا لم تملك فيه له»(٤٣) وإحياؤها أن يحوط عليها حائطًا أو يحفر فيها بئرًا فيكون له خمس وعشرون ذراعًا حواليها، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك، فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة، لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فإن كفى جميعهم فلا كلام، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز، لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإن تشاحوا فى قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم، لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبه أو حجر واحد مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض فى مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك، فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب فى ساقيته، ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وإن كان لواحد الخمسان والباقى لاثنين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب فى ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب فى ساقية له، فإن كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجرى فى النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى، وإن أراد أحدهم أن يجرى ماءه فى ساقية غيره ليقاسمه فى موضع آخر لم يجز إلا

غير حق مسلم فهى له» أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق، وكذلك قوله: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وروى سعيد فى سننه أن عمر قال: من كانت له أرض - يعنى من تحجر أرضًا - فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم يعمرونها فهم أحق بها، وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها، ولأن الثانى أحيا فى حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما تتعلق به مصالح ملك غيره، ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشترى.

فصل: فإن ضربت للمحتجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه، لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها، وسواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له: إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها، فإن لم يقل له شىء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا حديث عمر فى المسألة قبلها، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل والمسألة قبلها على نحو ما ذكرنا.

---

(٤٣) تقدم تخريجه برقم (٣).

برضاه، لأنه يتصرف فى ساقيته ويخرب حافتها بغير إذنه، ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجيء على قولنا: إن الماء لا يملك أن حكم الماء فى هذا النهر حكمه فى نهر غير مملوك، وأن الأسبق أحق بالسقى منه، ثم الذى يليه على ما ذكرنا، لأنه غير مملوك فكان الأسبق إليه أحق به، كما لو كان فى نهر غير مملوك، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا، والله أعلم.

فصل: وإذا حصل نصيب إنسان فى ساقية، فله أن يسقى به ما شاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن، وله أن يعطيه من يسقى به، وقال القاضى وأصحاب الشافعى: ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب فى هذا الماء، لأن ذلك دال على أن لها قسمان من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى، لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطراقًا من كل واحدة من الدارين.

ولنا: أن هذا ماء انفرد باستحقاقه، فكان له أن يسقى منه ما شاء، كما لو انفرد به من أصله: ولا نسلم ما ذكروه فى الدارين، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها درب آخر مشترك، لأن الظاهر أن لكل دار سكانًا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقًا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق فى استطراقه، وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة التى لا يشاركه

فصل: وللإمام إقطاع موات لمن يحييه ولا يملك بالإقطاع بل يصير كالمتحجر الشارع فى الإحياء على ما ذكرنا، ولا ينبغى أن يقطع إلا ما قدر على إحيائه، لأن إقطاعه أكثر منه إدخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه، فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر ﷺ من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذى أقطعه النبى ﷺ، فروى أن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع، وإن عمر قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجبه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ ما قدرت على عمارته ورد الباقى، رواه أبو عبيد فى الأموال، وذكر سعيد فى سننه عن عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال: سمعت الحارث بن بلال الحارث يقول: إن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق، فلما ولى عمر قال: ما أقطعته لتحجبه فأقطعه الناس، وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبى ﷺ أقطعه أرضًا بحضرموت، قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، قال سعيد: ثنا سفيان عن ابن نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ أقطع ناسًا من جهينة أو مزينة أرضًا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب فقال عمر لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها؟!.

غيره فيها، فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقى بذلك الماء أرضًا لا رسم لها فى الشرب من ذلك النهر، فالحكم ذلك على ما ذكرنا من الخلاف فى التى قبلها، وإن كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضًا لا رسم لها فى الشرب منه بغير خلاف نعلمه، فإن ضاق الماء قدم الأسبق فالأسبق على ما مضى.

فصل: ولكل واحد منهم أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة - وهى خشبة تمد على طرفى النهر - أو قنطرة يعبر الماء فيها، وغير ذلك من التصرفات، لأنها مَلكه لا حق لغيره فيها، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشىء من ذلك، لأنه يتصرف فى النهر المشترك، وفى حريمه بغير إذن شركائه، وقال القاضى فى العبارة: هذا ينبنى على الروايتين: فيمن أراد أن يجرى ماءه فى أرض غيره، والصحيح أنه لا يجوز هاهنا، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره لأن إجراء الماء فى أرض ينفع صاحبها، لأنه يسقى عروق شجره ويشربه أولاً وآخرًا، وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئًا، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئًا يسقى به أرضًا فى أول النهر أو غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز، لأنهم صاروا أحق بالماء الجارى فى نهرهم من غيرهم ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف فى حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر يعشش فى ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعى فيه نحو مما ذكرنا.

فصل: وقد روى وائل بن حجر أن النبى ﷺ أقطعه أرضًا فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه، حديث صحيح، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال: «أعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود، وذكر البخارى عن أنس قال: دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا: يا رسول الله إن فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضًا، وأقطع عثمان خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: الزبير وسعدًا وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الأرت، وروى عن نافع أبى عبد الله أنه قال لعمر: إن قبلنا أرضًا بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين، فإن رأيت أن تقطعنيها أتخذ فيها قصيلاً لخيلى؟ قال: فكتب عمر إلى أبى موسى إن كانت كما يقول فأقطعها إياه، روى هذه الآثار كلها أبو عبيد فى الأموال، إذا ثبت هذا فإن من أقطعه الإمام شيئًا من المَوات لم يملكه بذلك، لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع فى الإحياء على ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع منه عمر ما عجز عن إحيائه، ولو ملكه لم يجز استرجاعه، ورد عمر أيضًا قطيعة أبى بكر لعيينة

فصل: وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلومًا مثل أن يجعلوا لكل حصه يومًا وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل، وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز، وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك فى الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها إلى أسفلها فى ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل إلى الموضع الذى كان فيه فى مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذى تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر فى الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم فى نوبته فأراد أن يسقى به أرضًا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانًا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف فى حافة النهر جاز، وعلى قول القاضى وأصحاب الشافعى ينبغى أن لا يجوز لما تقدم فى مثل ذلك، وإن أراد صاحب النوبة أن يجرى مع ماء له آخر يسقى به أرضه التى لها رسم شرب من هذا النهر أو أرضًا له أخرى أو سأله إنسان أن يجرى ماء له مع مائه فى هذا النهر ليقاسمه إياه فى موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك فى قياس قول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن استأجر أرضًا: جاز أن يجرى فيها ماء فى نهر محفور إذا كان فيها، ولأنه مستحق لنفع النهر فى نوبته بإجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك.

فصل: القسم الثانى: أن يكون منبع الماء مملوكًا مثل أن يشترك جماعة فى استنباط عين

ابن حصين فسأل عيينة بن حصن أبا بكر أن يجدد له كتابًا فقال: والله لا أجدد شيئًا رده عمر، رواه أبو عبيد، فعلى هذا يكون المقطع أحق بها من سائر الناس وأولى بإحيائه، وحكمه حكم المتحجر الشارع سواء، وقد مر ذكره، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا.

17- مسألة: (وله إقطاع الجلوس فى الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يضيق على الناس).

القطائع ضربان: **أحدهما:** إقطاع موات لمن يحييه، وقد ذكرناه، **والثانى:** إقطاع إرفاق وذلك كإقطاع مقاعد الأسواق والطرق الواسعة ورحاب المساجد، فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها، لأن له فى ذلك اجتهادًا من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة، فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع إلا فى أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها، لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه فيها، فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذى استحق به، وهذا استحق بإقطاع الإمام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمه فى التظليل على نفسه بما ليس بيتًا ومنعه من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما نذكره.

وإجرائها فإنهم يملكونها أيضًا لأن ذلك إحياء لها ويشتركون فيها وفى ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا فى النهر فى القسم الذى قبل هذا إلا أن الماء غير مملوك ثم، لأنه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غيرمملوك أيضًا وقد ذكرنا ذلك، وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به فى أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه فى مكان محوط عليه، ولايحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل»[٤٤] رواه البخارى، وعن بهية عن أبيها أنه قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «الماء» قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «الملح» قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «أن تفعل الخير خير لك»[٤٥] رواه أبو داود ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فأما ما يؤثر فى كسقى الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله لذلك، وإن لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع.

18- مسألة: (فإن لم يقطعها فلمن يسبق إليها الجلوس فيها ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه عنها) ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لأحد إحياؤه سواء كان واسعًا أو ضيقًا وسواء ضيق على الناس بذلك أو لم يضيق، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم أشبه مساجدهم، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز، قال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق غدوة: فهو له إلى الليل، وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى، وقد قال النبى ﷺ: «منى مناخ من سبق»[3] وله أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وكساء ونحوه، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها، لأنه يضيق على الناس وتعثر به المارة بالليل والضرير فى الليل والنهار وتبقى على الدوام، وربما ادعى ملكه بذلك والسابق أحق به ما كان فيه، فإن قام

---

(٤٤) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٥٨) من حديث أبى هريرة، وأبو داود (٣/ ٣٤٧٤) وابن ماجه (٢/ ٢٢٠٧).
(٤٥) تقدم فى المجلد الرابع المسألة رقم (٧٧٢) برقم (١٦٧).
(3) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٠١٩) من حديث عائشة بلفظ: «قلت يا رسول الله ألا نبنى لك بمنى بيتًا أو بناء يظلك من الشمس، فقال: «لا، إنما هو مناخ من سبق إليه» وإسناده ضعيف، فيه إبراهيم بن المهاجر، والترمذى (٨٨١) وابن ماجه وغيرهم وتقدم تخريجه مستوفيًا برقم 29 شرح فى المجلد الرابع.

فصل: إذا كان النهر أو الساقية مشتركًا بين جماعة، فإن أرادوا إكراءه أو سد بثق فيه إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل فى إكرائه وإصلاحه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثانى ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء، وبهذا قال الشافعى، وحكى ذلك عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم فى إكرائه كله، لأنهم ينتفعون بجميعه فإن ما جاوز الأول مصب لمائه وإن لم يسق أرضه.

ولنا: أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه، وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم فى مؤنته كما لا يشاركهم فى نفعه، فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم، لأنهم يشتركون فى الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله.

وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته، لأن يد الأول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه، لأن يده قد زالت.

19- **مسألة:** (فإن طال مقامه منع فى أحد الوجهين) لأنه يصير كالتملك ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه، والثانى: لا يمنع، لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم.

20- **مسألة:** **(وإن سبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما، فإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه، وليس للإمام تمكينه بعوض ولا غيره).**

قال أحمد: ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق، قال القاضى: هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذى المارة لما تقدم، وقال: لا يعجبنى الطحن فى العروب إذا كانت فى طريق الناس، وهى السفن التى يطحن فيها فى الماء الجارى، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء، قال أحمد: ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها.

فصل: **وإن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه،** لقول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وسواء كان المعدن ظاهرًا أو باطنًا إذا كان فى موات، فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك، لأنه يضيق على الناس بما لا نفع فيه له أشبه ما لو وقف فى مشرعة الماء لغير حاجة.

21- **مسألة:** (وهل يمنع إذا طال مقامه للأخذ؟ على وجهين):

أحدهما: يمنع لأنه يصير كالمتملك، والآخر: لا يمنع، لإطلاق الحديث، وإن استبق إليه اثنان أو أكثر وضاق المكان عنهما أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر،

٩١٥- مسألة: قال: **(وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطًا)**.

ظاهر كلام الخرقى: أن تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك، ونص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد فقال: الإحياء أن يحوط عليها حائطًا ويحفر فيها بئرًا أو نهرًا، ولايعتبر فى ذلك تسقيف، وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أحاط حائطًا على أرض فهى له»(٤٦) رواه أبو داود والإمام أحمد فى مسنده، ويروى عن جابر عن النبى ﷺ مثله، ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء، أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم، ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به، بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتًا فإنه يملكها، وهذا لا يصنع للغنم مثله، ولا بد أن يكون الحائط منيعًا يمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين وغيرها، أو بالطين كالفطائر لأهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور

ويحتمل أن يقسم بينهما، لأنه يمكن قسمته وقد تساويا فقسم بينهما كما لو تداعيا عينًا فى أيديهما ولا بينة لأحدهما، ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما، لأن له نظرًا، وذكر القاضى وجهًا رابعًا وهو أن الإمام ينصب من يقسم بينهما، وهذا التفصيل مذهب الشافعى.

22- مسألة: ومن سبق إلى مباح كصيد أو عنبر وحطب وثمر ولقطة ولقيط وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به، بإذن الإمام وغير إذنه، لقول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»(4) وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما، لأن قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن سبق إلى موات أو بئر عادية فهو أحق بها لما ذكرنا.

23- مسألة: (وإن كان الماء فى نهر غير مملوك كمياه الأمطار فلمن فى أعلاه أن يسقى ويحبس الماء حتى يصل إلى الكعب ثم يرسل إلى من يليه).

وجملة ذلك أنه لا يخلو الماء من حالين: إما أن يكون جاريًا أو واقفًا، والجارى ضربان: **أحدهما:** أن يكون فى نهر غير مملوك وهو قسمان: **أحدهما:** أن يكون نهرًا عظيمًا كالنيل والفرات الذى لا يستضر أحد بالسقى منهما، فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقى منها متى شاء وكيف شاء.

---

(٤٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٧٧) ضعيف من حديث سمرة، وأحمد فى مسنده (٥/ ١٢، ٢١) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٨) فى إسناده الحسن، ولم يسمع بن سمرة بن جندب كما قال الحافظ فى التقريب.

(4) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٠٧١) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٤٢) والحديث ضعيف، وذكره الألبانى فى الإرواء (٦/ ٩) وقال: إسناده ضعيف مظلم، ليس فى رجاله من يعرف سوى الأول فيه الصحابى والأخير ابن بشار شيخ أبى داود، وما بين ذلك مجاهيل لم يوثق أحدًا منهم أحد.

كان ذلك إحياء، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى، وقال القاضي: في صفة الإحياء روايتان: **إحداهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: الإحياء ما تعارفه الناس إحياء، لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف، ولأن النبي ﷺ لا يعلق حكمًا على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقًا لمعرفته إذ ليس له طريق سواه، إذا ثبت هذا، فإن الأرض تحيى داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة، فإحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له، فأما الدار، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها، لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك.

القسم الثاني: أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه، أو سيل يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل إلى الذى يليه فيصنع كذلك، وعلى هذا حتى تنتهي الأراضي كلها، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهما فلا شيء للباقين، لأنهم ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث، وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا، لما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التى يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصارى فقال يا رسول الله: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» فقال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه: ﴿فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (النساء: ٦٥) متفق عليه، وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: نظرنا في قول النبي ﷺ: «ثم احبس حتى يبلغ الجدر» وكان ذلك إلى الكعبين، قال أبو عبيد: الشراج جمع شرج، والشرج: نهر صغير، والحرة: أرض ملتبسة بحجارة سود، والجدر: الجدار، وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقى ثم يرسل تسهيلاً على غيره، فلما قال الأنصارى ما قال استوفى النبي ﷺ للزبير حقه.

وروى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن عمر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزوز ومذينيب: «يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل» قال ابن عبد البر: هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعملون به عندهم، قال عبد الملك بن حبيب: مهزوز ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل الحوائط في سيلهما.

وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلاً من

وأما الحظيرة فإحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف، لأن العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك، ولو خندق عليها خندقًا لم يكن إحياء، لأنه ليس بحائط ولا عمارة إنما هو حفر وتخريب، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن إحياء وكان تحجرًا، لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك، ولو نزل منزلاً فنصب له بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقلع أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع، وإن كانت غياضًا وأشجارًا كأرض الشعرى(٤٧) فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التى تمنع الزرع، وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التى يفسدها غرقها بالماء لكثرته فإحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك فى كل عام فكان إحياء كسوق الماء إلى الأرض التى لا ماء لها.

قريش كان له سهم فى بنى قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ فى مهزوز السيل الذى يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل، ولأن من أرضه قريبة من رأس النهر سبق إلى المكان فكان أولى به كالسابق إلى المشرعة، فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها عالية ومنها مستفلة سقى كل واحدة منها على حدتها، فإن استوى اثنان فى القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن وإلا أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر، وليس له السقى بجميع الماء لمساواة الآخر له فى استحقاق الماء، وإنما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فى الفاضل عن الأعلى، فإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض، لأن الزائد من أرض أحدهما مساو فى القرب فاستحق جزءًا من الماء كما لو كان لثالث.

24- مسألة: (فإن أراد إنسان إحياء أرض ليسقيها من ماء النهر جاز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه).

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء إنسان ليحيى مواتًا أقرب من رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم، لأنهم أسبق إلى النهر منه، ولأن من ملك أرضًا ملكها بحقوقها ومرافقها، ولا يملك غيره إبطال حقوقه وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان: أحدهما: ليس لهم منعه، لأن حقهم فى النهر

---

(٤٧) الشعرى: جبل عند حرة بنى سليم، معجم البلدان (٣/ ٣٤٩).

ولا يعتبر فى إحياء الأرض حرثها ولا زرعـها، لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتـبر فى الإحيـاء كسقـيها وكـالسكنى فى البيـوت، ولا يحصل الإحيـاء بذلك إذا فعله لمجرده لما ذكـرنا ولايعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البـيوت، وبهذا قال الشافعى فيما ذكرنا فى الرواية الثانية إلا أن له وجـهًا فى أن حرثها وزرعها إحياء لها وإن ذلك معتبر فى إحيائها ولا يتم بدونه، وكذلك نصب الأبواب على البيوت، لأنه مما جرت العادة به فأشـبه التسقـيف ولا يصح هذا لما ذكرنـا، ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب فأشـبه تطيين سطوحها وتبييضها.

٩١٦- **مسألة:** قال: (**أو يحفر فيها بئرًا فيكـون له خمس وعشرون ذراعًا حواليها وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعًا**).

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عادًا بعينها، لكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب إليها كل قديم، فكل من حفر بئرًا فى موات للتمليك فله حريمها خمس وعشـرون ذراعًا من كل جانب، ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها، لقول النبى ﷺ : «من سـبق إلى ما لم يسبق إليه مسلـم فهو له وله حريمها خـمسون ذراعًـا من كـل جـانب»(٤٨) نص أحمد على هذا فـى رواية حرب وعبد الله، واختـاره أكثر أصحابنا، وقال القاضى أبو الخطاب: ليس هذا على طريق التحديد، بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه فى ترقية مائها منها فإن كان بدولاب فقدر مد(*) الثور أو غيره، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر لما روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «حريم البئر مد رشائها»(٤٩) أخرجه ابن

لا فى الموات، **والثانى**: لهم منعه، لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقى لتقديمه عليهم فى القرب إذا طال الزمان وجهل الحال، فإذا قلـنا: ليس لهم منعه فسبق إلى مسيل ماء أو نهر غـير مملوك فأحـيا فى أسفله مواتًا ثم أحـيا آخر فوقـه ثم أحيا ثالث فوق الثـانى كان للأسفل السقى أولاً ثم الثـانى ثم الثالث، ويقدم السبق إلى الإحيـاء على السبق إلى أول النهر لما ذكرنا.

فصل: الضرب الثانى: الجارى فى نهر مملوك وهو قسمان: **أحدهما**: أن يكون الماء مباح الأصل مـثل أن يحفر إنسان نهرًا صغـيرًا يتصل بنهر كبـير مباح فما لم يتـصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجـر وشروع فى الإحياء، فإذا اتصل الحفـر ملكه، لأن الملك بالإحياء أن تنتهى العمارة إلى قـصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتهـا، وهذا كذلك وسواء أجرى

---

(٤٨) تقدم برقم (٩) مسألة (٩١٣).

(*) فى المطبوعة: مدار.

(٤٩) أخرجه ابن ماجـه (٢/ ٢٤٨٧) من حديث أبى سعيد الخدرى وإسناده ضعـيف فيه نافع بن أبى غالب فهو مجهول كما قال الحافظ فى التقريب.

ماجه، ولأن المكان الذى تمشى إليه البـهيمة، وإن كان يستقى منها بيده فبـقدر ما يحتاج إليه الوافق عندها، وإن كان المستخرج عـينًا فحريمها القدر الذى يحتاج إليه صاحـبها للانتفاع بها ولا يستضر بأخذه منهـا ولو على ألف ذراع، وحريم البئر من جانبيه يحـتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف فى ذلك، لأن هذا إنما ثبت للحـاجة فينبغى أن تراعى فيه الحـاجة دون غيرها، وقال أبو حنيفة: حريم البئر أربعون ذراعًـا، وحريم العين خمسمائة ذراع، لأن أبا هريرة روى عن النبى ﷺ أنه قال: «حريم البـئر أربعون ذراعًا لأعطان الإبل والغنم» وعن الشـعبى مثله رواه أبو عبيد[٥٠].

ولنا: ما روى الدارقطنى والخلال بإسنادهما عن النبى ﷺ أنه قـال: «حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعًا وحريم البـئر العادى خمسون ذراعًا»[٥١] وهذا نص، وروى أبو عبـيد بإسناده عن يحيى بن سعـيد الأنصارى أنه قال: السنة فى حريم القليب العادى خـمسون ذراعًا والبدى خمس وعشرون ذراعًا، وبإسناده عن سعيد بـن المسيب قال: حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعًا من نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعًا من نواحيها كلها[٥٢]، ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر

فيه الماء أو لم يجره لأن الإحيـاء يحصل بتهيئته للانتفاع به دون حصول المنفعـة فيصير مالكًا لقرار النهـر وحافتـيه، وهواؤه حق له، وكذلك حـريمه وهو ملقى الطين من جـوانبه، وعند القاضى أن ذلك غـير مملـوك لصاحب النهر وإنمـا هو حق من حقوق الـملك، وظاهر قول الخرقى، أنه مـملوك لغير صاحـبه قياسًـا على قوله فى حريم البئـر أنه يملكه، إذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعـة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة، لأنه إنما ملـك بالعمارة، والعمارة بالنفقة، فإن كفى جمـيعهم فلا كلام، وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمـته بالمهايأة أو غيرها جاز، لأن حقهم لا يخرج عنهم، وإن تشاحوا فيه قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم، لأن كل واحد منهم يملك من النهـر بقدر ذلك فتؤخـذ خشبة أو حـجر مستـوى الطرفين والوسط

(٥٠) أخرجه أحمد فى مسنده (٦/ ٤٩٤) من حديث أبى هريرة، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٥٥) وأبو عبيد فى الأموال (٧١٨) موقوفًا على أبى هريرة.
وأخـرجه ابن مـاجه (٢/ ح٢٤٨٦) بنحـوه، وفى إسناده إسـماعـيل بن مسـلم المكى وهو ضعـيف الحديث، وأحمد أيضًا فى مسنده (٦/ ١٠٤).

(٥١) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٥٥) من حديث سـعيد بن المسيب، وأخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٠) وقال: الصحيح من الحـديث أنه مرسل عن ابن المسيب ومن أسنده فقـد وهم، وأخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/ ٩٧) وقـال: وصله وأسنده عمر بن قيس عن الزهرى عن سعيـد بن المسيب عن أبى هريرة. . . فذكره.
قال الحافظ فى «التلخيص» (٣/ ٧٣) عمر بن قيس فيه ضعف.

(٥٢) أخرجه أبو عبيد فى الأموال (٧١٩) عن سعيد بن المسيب موقوفًا.

الحاجة كالحائط، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر فى ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطنًا لإبله وموقفًا لدوابه وغنمه وموضعًا يجعل فيه أحواضًا يسقى منها ماشيته، وموقفًا لدابته التى يستقى عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء، وأما حديث أبى حنيفة فحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه، إذا ثبت هذا: فظاهر كلام الخرقى أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعى والقاضى ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا.

فتوضع على موضع مستو من الأرض فى مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم من كل حز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم، فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك، فإذا كان لأحدهم نصفه وللثانى ثلثه وللثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب: لصاحب النصف ثلاثة نصب فى ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، فإن كان لواحد الخمسان والباقى لاثنين على السواء جعل عشرة ثقوب: لصاحب الخمسين أربعة نصب فى ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة، فإن كان النهر لعشرة ـ لخمسة منهم أراض القريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجرى فى النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى فإن أراد أحدهم، أن يجرى ماءه فى ساقية غيره ليقاسمه فى موضع آخر لم يجز بغير رضاه، لأنه يتصرف فى ساقيته ويخرب حافتيها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجىء على قولنا: إن الماء لا يملك، إن حكم الماء فى هذا النهر حكمه فى نهر غير مملوك، وإن الأسبق أحق بالسقى ثم الذى يليه على ما ذكرنا، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا.

فصل: وإذا حصل نصيب إنسان فى ساقية فله أن يسقى به ما شاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن، وله أن يعطيه من يسقى به، وقال القاضى وأصحاب الشافعى: ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء، لأن ذلك دال على أن لها قسمًا من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز، لأنه يجعل لنفسه استطراقًا من كل واحدة من الدارين.

ولنا: أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقى منه ما شاء، كما لو انفرد به من أصله، ولا نسلم ما ذكره فى الدارين، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب مشترك، لأن الظاهر أن لكل دار سكانًا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقًا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق فى استطراقه، وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة التى لا

فـصل: ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع فى الإحيـاء، على ما قـدمناه، ويجب أن يحمل قـوله فى البئر العـادية التى انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمـارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لهـا، وأما البئر التى لها ماء ينتفـع به المسلمون فليس لأحد احـتجاره ومنعه، لأنه يكون بمنزلة المـعادن الظاهرة التى يرتفق بهـا الناس، وهكذا العـيون النابعـة ليس لأحـد أن يختص بهـا، ولو حـفر رجل بئـرًا للمسلمين ينتفعون بها أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها، فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة، وما دام مقيمًا عندها فهو أحق بها، لأنه سابق إليها فهو كالمتحجر الشارع فى الإحياء.

فـصل: وإذا كان لإنسان شجرة فى موات فله حريمها قـدر ما تمد إليه أغصانها حواليها، وفى النخلـة مـد جـريدها، لما روى أبو داود بإسناده عن أبى سـعيد قال: اخـتصم إلى النبى ﷺ فى حريم نخلة فـأمر بجريدة من جرائدها فـذرعت فكانت سبعة أذرع أو خـمسة أذرع

يشاركه غيره فيها، فلو صار لتلك الأرض رسم مـن الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقى بذلك الماء أرضًا لا رسم لها فى الشرب من ذلك النهر فالحكم فى ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، وإن كانت الدولاب يغرف من نهر غيـر مملوك جاز أن يسـقى بنصيبـه من الماء أرضًا لا رسم لهـا فى الشرب منه بغيـر خلاف نعلمه، فإن ضاق الماء قدم الأسبق فالأسبق على ما مضى.

فـصل: ولكل واحد منهم أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة - وهى خشبة تمد على طرفى النهر - أو قنطرة يعبر فيها الـماء أو غير ذلك من التصرفات، لأنها ملكه ولا حق فيهـا لغيره، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فـيه بشىء من ذلك، لأنه تصرف فى النهر المشترك أو فى حريمه بغير إذن شركائه، وقال الـقاضى فى العبارة: هذا ينبنى على الروايتين فيمن أراد أن يجرى مـاءه فى أرض غيره، والـصحيح أنه لا يجـوز ههنا، ولا يصح قيـاس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره، لأن إجراء الماء فى أرض ينفع صاحبها، لأنه سقى عروق شجره ويشربه أولاً وآخرًا، وهذا لا يـنفع النهر، بل ربمـا أفسد حـافتـه ولا يسقى له شـيئًـا، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخـذ من النهر قبل قسمتـه شيئًا يسقى به أرضًا فى أول النهـر أو فى غيره أو أراد إنسان غـيرهم ذلك لم يجز، لأنهم صاروا أحق بـالماء الخاص فى نهرهم من غـيرهم، ولأن الأخذ من الماء ربمـا احتاج إلى تصرف فى حافـة النهر المملوك لغيره أو المـشترك بينه وبين غيـره، ولو فاض ماء هذا النهر إلـى أرض إنسان فهو مـباح كالطائر يعـشش فى ملك إنسان، ومذهب الشافعى فى ذلك على نحو ما ذكرنا.

فـصل: وإن قسموا ماء النهر المشتـرك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد

فقضى بذلك(٥٣) ، وإن غرس شجرة فى موات فهى له وحريمها، وإن سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع فى الإحياء، فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه، لأنه تهيأ للانتفاع بها لم يراد منه فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات ولقول النبى ﷺ : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»(٥٤) .

منهم معلومًا، مثل أن يجعلوا لكل حصة يومًا وليلة، وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز، وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشىء معلوم جاز، فإذا حصل الماء لأحدهم فى نوبته فأراد أن يسقى به أرضًا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانًا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف فى حافة النهر جاز، وعلى قول القاضى وأصحاب الشافعى ينبغى أن لا يجوز لما تقدم، وإن أراد صاحب النوبة أن يجرى مع مائه ماء له آخر يسقى به أرضه التى لها رسم شرب من النهر أو أرضًا له أخرى أو سأله إنسان أن يجرى له ماء مع مائه فى هذا النهر ليقاسمه إياه فى موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك فى قياس قول أصحابنا، فإنهم قالوا فيمن استأجر أرضًا: جاز أن يجرى فيها ماء فى نهر محفور إذا كان فيها، ولأنه مستحق لنفع النهر فى نوبته بإجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك.

فصل: القسم الثانى أن يكون منبع الماء مملوكًا مثل أن اشترك جماعة فى استنباط عين وإجرائها فإنهم يملكونها أيضًا، لأن ذلك إحياء لها، ويشتركون فيها وفى ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا فى النهر فى القسم الذى قبله إلاَّ أن الماء غير مملوك، ثم لأنه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل بستانه صيد، وههنا يخرج على روايتين: **أصحهما**: أنه غير مملوك أيضًا، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيع، وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به فى أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه فى مكان محوط عليه، ولا يحصل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل» رواه البخارى، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «الماء» قال: يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «الملح» قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه؟ قال: «أن تفعل الخير خير لك» رواه أبو داود، ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر،

---

(٥٣) أخرجه أبو داود (٣/ أقضية/ ح٣٦٤٠) وإسناده صحيح، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٢٩٣) وعزاه أيضًا إلى الطحاوى فى «شرح الآثار» وقال: ومن جهة الطحاوى ذكره عبد الحق فى «أحكامه» قال: قال أبو داود: خمسة أذرع أو سبعة. اهـ.

(٥٤) تقدم برقم (٩).

فصل: ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبًا منها بئرًا ينسرق إليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية فى ملكه مثل رجلين متجاورين فى دارين حفر أحدهما فى داره بئرًا ثم حفر الآخر بئرًا أعمق منها فسرى إليها ماء الأولى، أو كانتا فى موات فسبق أحدهما فحفر بئرًا ثم جاء آخر فحفر قريبًا منها بئرًا تجتذب ماء الأولى، ووافق الشافعى فى هذه الصورة الثانية، لأنه ليس له أن يبتدئ ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال فى الأولى: له ذلك، لأنه تصرف مباح فى ملكه فجاز له فعله كتعلية داره، وهكذا الخلاف فى كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل أن يجعل داره مدبغة أو حمامًا يضر بعقار جاره بحمى ناره ورماده ودخانه، أو يحفر فى أصل حائطه حشًا يتأذى جاره برائحته وغيرها، أو يجعل داره مخبزًا فى وسط العطارين ونحوه مما يؤذى جيرانه فلا يحل له ذلك، وقال الشافعى: له ذلك كله لأنه تصرف مباح فى ملكه أشبه بناءه ونقضه.

وأما ما يؤثر كسقى الماشية الكثيرة، فإن فضل عن حاجته لزمه بذله وإلا لم يلزمه وقد ذكرناه.

فصل: إذا كان النهر أو الساقية مشتركًا بين جماعة فأرادوا إكراءه أو سد بثق فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل فى إصلاح وإكرائه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثانى ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء، وبهذا قال الشافعى وحكى عن أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يشترك جميعهم فى إكرائه كله، لأنهم ينتفعون بجميعه فإن ما جاوز الأول مصب لمائه، وإن لم يسق أرضه، ولنا: أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه، وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم فى مؤنته كما لا يشاركهم فى نفعه، فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فمؤنته على جميعهم لاشتراكهم فى الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله.

25- مسألة: (وللإمام أن يحمى أرضًا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التى يقوم بحفظها ما لم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره).

معنى الحمى أن يحمى أرضًا يمنع الناس رعى حشيشها ليختص بها، وكانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من إذا انتجع بلدًا أقام كلبًا على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق، فروى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا حمى إلا لله ولرسوله» رواه أبو داود، وقال ﷺ: «الناس شركاء فى ثلاث: فى الماء

ولنا: قول النبى ﷺ: «لا ضـرر ولا ضرار»(٥٥) ولأنه إحداث ضرر بجـاره فلم يجز كالدق الذى يهز الحيطان ويخربها، وكإلقـاء السماد والتراب ونحوه فى أصل حائطه على وجه يضر به، ولو كان لرجل مصنع مـاء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها ممـا تسرى عروقه فتشق حائطه مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجـاره منعه وقلعها إن غرسها، ولو كان هذا الذى يحصل منه الضرر سابقًا مثل من له فى ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا إنسان إلى جانبه مواتًا وبناه دارًا يتضـرر بذلك لم يلزم إزالة الضرر بغير خلاف نعلمـه، لأنه لم يحدث ضررًا، والله تعالى أعلم.

٩١٧- **مسألة:** قال: (**وسواء فى ذلك ما أحياه أو سبق إليه بإذن الإمام أو غير إذنه**).

وجـملة ذلك: أن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحـمد، وقال أبو حنيـفة يفتقـر إلى إذنه لأن للإمام مدخـلاً فى النظر فى ذلك بدليل أن من تحجر مواتًا فلم يحيه فإنه يطالبه بالإحياء أو الترك فافتقر إلى إذنه كمال بيت المال.

والنار والكلأ» رواه الخلال، فليس لأحد من الناس أن يحمى سوى الأئمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأمـا النبى ﷺ فقد كان له أن يحـمى لنفسه وللمسلمـين لقوله: لا حمى إلا الله ولرسوله» ولم يحم لنفـسه شيئًـا، وإنما حمى للمسلمـين، فروى ابن عمر قـال: حمى النبى ﷺ النقيع لخيل المسلمين، رواه أبو عبيد، والنقيع: بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان الماء الذى يصير فيه، وأما سـائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئًـا، ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيـها خيل المجاهدين ونعم الجـزية وإبل الصدقة وضوال الناس التى يقوم الإمام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس، وبهذا قال أبو حنيـفة ومالك والشافعى فى صحيح قـوليه، وقال فى الآخر: ليس لغـير النبى ﷺ أن يحـمى لقوله: «لا حـمى إلا لله ولرسولـه» ووجه الأول أن عـمر وعثمان حميا واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعًا، فروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير - أحسبه عن أبيه - قال أتى أعرابى عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليهـا فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الإسـلام علام تحميها؟ قـال: فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه، وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ، فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك فقال عمـر: المال مال الله والعباد عباد الله، والله لولا ما أحـمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الأرض شبرًا فى شبر، قال مالك: بلغنى أنه كان يحمل فى كل عام على أربعين ألفًا من الظهر، وعن أسلم قال: سمعت عمـر يقول لهـنىٍّ حيـن استعمـله على حمى الربذة: يا هنى اضـمم جناحك عن الناس واتق دعـوة المظلوم فإنهـا مجـابة، وأدخل رب الصريمـة والغنيمة ودعنى من نعم ابن عوف ونعم ابن عـفان فإنهما إن هلكت ماشيتـهما رجعا إلى نخل

(٥٥) تقدم تخريجه مفصلاً فى المجلد الخامس برقم (٢٦) مسألة رقم (٨١٩).

ولنا: عموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا فهى له» ولأن هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش والحطب، ونظر الإمام فى ذلك لا يدل على اعتبار إذنه، ألا ترى أن من وقف فى مشرعة طالبه الإمام أن يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك إلى إذنه، وأما مال بيت المال فإنما هو مملوك للمسلمين، وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر إلى إذنه بخلاف مسألتنا فإن هذا مباح، فمن سبق إليه كان أحق الناس به كالحشيس والحطب والصيود والثمار المباحة فى الجبال.

فصل: فأما ما سبق إليه فهو الموات، إذا سبق إليه فتحجره كان أحق به، وإن سبق إلى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها، ومن سبق إلى مقاعد الأسواق والطرقات أو مشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس اللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق إلى شىء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج إلى إذن الإمام ولا إذن غيره، لقول النبى ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» والله الموفق.

وزرع، وإن هذا المسكين إن هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين، فالكلأ أهون على أم غرم الذهب والورق، إنها أرضهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الإسلام وإنهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التى نحمل عليها فى سبيل الله لما حميت على الناس من بلادهم شيئًا أبدًا، وهذا إجماع منهم، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «ما أطعم الله لنبى طعمة إلا جعلها طعمة من بعده» والخبر مخصوص، وما حماه لنفسه يفارق حمى النبى ﷺ لنفسه، لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرده على المسلمين، وليس لهم أن يحموا إلا قدرًا لا يضيق عن المسلمين ويضر بهم، لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس.

26- مسألة: (وما حماه النبى ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه).

لأن ما حكم به النبى ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد، ومن أحيا منه شيئًا لم يملكه، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان: **أصحهما:** أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا، فأما ما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الأئمة جاز، وإن أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين، لأن حمى الأئمة اجتهاد وملك الأرض بالإحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد، **والوجه الآخر:** لا يملكه، لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه، كما لا يجوز نقض حكمه، والأول أولى، لأن الاجتهاد فى حماه فى تلك المدة دون غيره، ولهذا ملك الحامى نقضه، ومذهب الشافعى فى هذا على نحو ما ذكرنا.

كتاب الوقوف والعطايا

والوقـــــوف: جمع وقف يقــال منه: وقفت وقفًــا ولا يقال: أوقفت إلا فى شــاذ اللغة، ويقال: حــبست وأحــبست، وبه جــاء الحديث «إن شـئت حبسـت أصلها وتصدقـت بها»[(١)] **والعـطايـا:** جمع عطية مثل خلية وخلايا، وبلية وبــلايا، والوقف مستحب، ومعناه: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة.

والأصل فيه مــا روى عبد الله بن عمر قال: أصــاب عمر أرضًا بخيــبر فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إنى أصبت أرضًا بخيبر لم لم أصب قط مالاً أنفس عندى منه فما تأمرنى فيها؟ فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال: فتصــدق بها عمر فى الفقراء وذوى القــربى والرقاب وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكــل منها أو يطعم صديقًا بالمعروف غير مــتأثل فيه أو غير متمول فيه، متفق عليه[(٢)].

وروى عن النبى ﷺ أنه قــال: «إذا مــات ابن آدم انقطع عمــله إلا من ثلاث: صدقــة جارية، أو علم ينتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له»[(٣)] قال الترمذى: هذا حديث حسن

كتـــــاب الوقـــــف

وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهو مستحب، والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال أصاب عمــر أرضًا بخيبر فأتى النبى ﷺ يسـتأمره فيها فـقال: يا رسول الله إنى أصبت أرضًا بخيبر لم أصب قط مالاً أنفس عندى منه فما تأمرنى فيه؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال: فتصدق بها عمر فى الفقراء وذوى القربى والرقاب وابن السبــيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقًــا بالمعروف غيــر متأثل[(*)] فيه أو غيــر متمول فيه، مــتفق عليه، وروى عن النبى

---

(١) أخرجه البخارى فى «الشروط» (٥/ ح٢٧٣٧/ فـتح) وفى الوصايا (٢٧٧٢/ فتح) ومسلم (٣/ وصية/ ١٥/ ١٢٥٥) وأبو داود (٣/ ح٢٨٧٨) والتـرمـذى (٣/ ح١٣٧٥) والنسـائى (٦/ ح٣٦٠١، ٣٦٠٢) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٩٦) وأحمد فى مسنده (٢/ ٤٦٠٨).

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) أخـرجه مـسلم (٣/ الوصـيـة/ ١٤/ ص١٢٥٥) وأبو داود (٣/ ح٢٨٨٠) والترمـذى (٣/ ح١٣٧٦) والنسائى (٦/ ح٣٦٥٣) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٧٢) من حديث أبى هريرة رضي الله عنه.

(*) مـتـأثل: قال ابن الأثير: غيـر جامع. اهـ. وكل شىء له أصل قديم، أو جمع حتى يصـير له أصل فهو مؤثل، ومنه مجد مؤثل، أى: قديم، وأثلة الشىء: أصله.

صحيح، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف، قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبى ﷺ ذو مقدرة إلا وقف، ولم ير شريح الوقف وقال: لا حبس عن فرائض الله، قال أحمد: وهذا مذهب أهل الكوفة، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم، أو يحكم بلزومه حاكم، وحكاه بعضهم عن على وابن مسعود وابن عباس وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم.

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد ـ صاحب الأذان ـ جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما، رواه المحاملى فى أماليه(٤)، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلم يلزم بمجرد القول كالصدقة، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة ﷺ، فإن النبى ﷺ قال لعمر فى وقفه: «لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال الترمذى رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافًا.

ﷺ أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له» قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح رواه مسلم.

فصل: **والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم،** قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف ولم يره شريح، وقال: لا حبس عن فرائض الله، قال أحمد: هذا مذهب أهل الكوفة، وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح فى الحكم مع صحته، وقول جابر نقل للإجماع فلا يلتفت إلى خلاف ذلك.

أ- مسألة: (وفيه روايتان: إحداهما: أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبنى مسجدًا ويأذن للناس فى الصلاة فيه، أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم فى الدفن فيها، أو سقاية ويشرعها لهم).

ظاهرالمذهب أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التى ذكرناها، قال أحمد فى رواية أبى داود وأبى طالب فيمن أدخل بيتًا فى المسجد وأذن فيه: لم يرجع فيه، وكذلك

---

(٤) أخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ح٦٣١٣/ ٢) من كتاب الفرائض «باب ميراث الولد للوالد المنفرد» وأخرجه أيضًا الحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٤٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبى، وقال: إن كان ابن حزم سمعه من عبد الله، وقال الدارقطنى (٤/ ٢٠١): من طريق ابن حزم. وقال: حديث مرسل، لأن عبد الله بن زيد بن عبد ربه توفى فى خلافة عثمان، ولم يدركه أبو بكر بن حزم، وأخرج أيضًا من عدة طرق ولكنها مرسلة.

قال الحميدى: تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده، وعثمان برومة، وتصدق على بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم.

وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبى ﷺ ذو مقدرة إلا وقف، وهذا إجماع منهم، فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعًا، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق، وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبى ﷺ فرده إليهما، والقياس على الصدقة لا يصح، لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، والوقف لا يفتقر إليه فافترقا.

٩١٨- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمة الله عليه: **(ومن وقف فى صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه).**

فى هذه المسألة فصول ثلاثة: **أحدها:** أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه فى الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعى ومذهب أبى حنيفة، وعن أحمد: لا يزول ملكه، وهو قول مالك، وحكى قولاً للشافعى رضي الله عنه، لقول النبى ﷺ: «حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة»(٥).

ولنا: أنه سبب يزيل التصرف فى الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق، وأما الخبر فمراد به أن يكون محبوسًا لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصوم فيه ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك.

إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، هذا قول أبى حنيفة، **والرواية الأخرى:** لا يصح إلا بالقول، ذكرها القاضى وهو مذهب الشافعى، وأخذه القاضى من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطًا على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال: إن كان جعلها لله لا يرجع.

قال شيخنا: وهذا لا ينافى الرواية الأولى فإنه إن أراد بقوله: إن كان جعلها لله، أى:

---

(٥) أخرجه النسائى فى الأحباس (٦/ ح٣٦٠٥ - ٣٦٠٧) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٩٧) وإسناده صحيح والبيهقى فى السنن (٦/ ١٦٢) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٥٦، ١٥٧).

الفصل الثاني: أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به، لأن الوقف يحصل به، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده، وقال: الوقف المعروف أن يخرجه من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به، اختاره ابن أبي موسى، وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية.

ولنا: ما رويناه من حديث عمر، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق، ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فإلحاقه به أولى.

الفصل الثالث: أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه، ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان: **أحدهما:** اشتراطه لأنه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إن كانت لآدمي معين وقفت على قبوله وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى القبول كذا هٰهنا.

والوجه الثاني: لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق، وبهذا فارق الهبة والوصية، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين، بل يتعلق به حق

نوى بتحويطها جعلها لله، فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية، وإن أراد بقوله: جعلها لله، أي: اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك مع إذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الأولى بعينها، وإن أراد إذًا وقفها بقوله فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية، وهذا لا ينافي الرواية الأولى، لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ولم يوجد هٰهنا فلا تنافي بينهما، ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية صار المذهب رواية واحدة، واحتجوا بأن هذا تحبيس على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولنا أن العرف جار بذلك، وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول، وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعامًا كان إذنًا في أكله، ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلاً له، ومن نثر نثارًا كان إذنًا في أخذه، كذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال، وقد ذكرنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة، وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال، كذلك هذا، وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ، ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسألتنا.

من يأتى من البطون فى المستقبل فيكون الوقف على جميعهم، إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله، والوصية للمعين بخلافه، وهذا مذهب الشافعى، فإذا قلنا: لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه بطل فى حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج من صحته فيحق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة، فإن قلنا بصحته فهل ينتقل من الحال إلى من بعده أو يصرف فى الحال إلى مصرف فى الوقف المنقطع إلى أن يموت الذى رده ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين، وسنذكر ذلك فى الوقف المنقطع الابتداء، إن شاء الله تعالى.

فصل: وينتقل الملك فى الموقوف إلى الموقوف عليهم فى ظاهر المذهب، وقال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه.

وروى عن أحمد: أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكًا للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أى أنهم لا يملكون التصرف فى الرقبة، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف، وعن الشافعى من الاختلاف نحو ما حكيناه، وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم بل يكون حقًا لله تعالى، لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق.

ولنا: أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى، ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف فى الرقبة لايمنع الملك كأم ولد.

فصل: وألفاظ الوقف ستة: ثلاثة صريحة، وثلاثة كناية: فالصريحة: وقفت وحبست وسبلت، متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفًا من غير انضمام أمر زائد، لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبى ﷺ لعمر: «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» فصارت هذه الألفاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق.

2- **مسألة: وصريحه: وقفت وسلبت وحبست،** فمتى أتى بواحدة منها صار وقفًا من غير انضمام أمر زائد، لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبى ﷺ لعمر: «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» فصارت هذه الألفاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق، والكناية تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة، فإن الصدقة تستعمل فى الزكاة والهبات،

وأما الكناية: فهى تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة، فإن الصدقة تستعمل فى الزكوات والهبات، والتحريم يستعمل فى الظهار والإيمان، ويكون تحريمًا على نفسه وعلى غيره، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال، فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه، فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها:

أحدها: أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول: صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة، أو يقول: هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة.

والثاني: أن يصفها بصفات الوقف فيقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك.

الثالث: أن ينوى الوقف فيكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفًا فى الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما فى الضمائر، فإن اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى.

فصل: وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبنى مسجدًا ويأذن للناس فى الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن فى الدفن فيها أو سقاية ويأذن دخولها، فإنه قال فى رواية أبى داود وأبى طالب فيمن دخل بيتًا فى المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، وهذا قول أبى حنيفة، وذكر القاضى فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفًا إلا بالقول، وهذا مذهب الشافعى وأخذه القاضى من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطًا على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا

والتحريم يستعمل فى الظهار والأيمان ويكون تحريمًا على نفسه وعلى غيره، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف، فلم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يصح الوقف بمجردها ككنايات الظهار، فإذا انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها:

أحدها: أن ينوى الوقف فيكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفًا فى الباطن دون الظاهر، لعدم الاطلاع عليها، فإن اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره، وإن قال: ما أردت الوقف، فالقول قوله، لأنه أعلم بما نوى.

الثانى: أن يضيف إليها لفظة تخلصها من الألفاظ الخمسة، فيقول: صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو مؤبدة، أو محرمة، أو يقول: هذ محرمة موقوفة، أو محتبسة أو مسبلة أو مؤبدة.

الثالث: أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، ولأن هذه القرينة تزيل الاشتراك.

له العود، فقال: إن كان جعلـها لله فلا يرجع، وهذا لا ينافى الرواية الأولى فإنه أراد بقوله إن كان جعلها لله أى نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التـحويط مع النية، وإن أراد بقوله جعلها لله أى اقتـرنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك من إذنه للناس فى الدفن فيهـا فهى الرواية الأولى بعينها وإن أراد وقفًا بـلسانه فيدل بمفهـومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحـويط والنية وهذا لا ينافى الرواية الأولى، لأنه فى الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس فى الدفن ولم يوجد هـٰـهنا فلا تنافى بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحـتمـالات فانتفـت هذه الرواية وصار المذهب روايـة واحدة - والله أعلم - واحتجوا بأن هذا تحبيس أصل عـلى وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولنا: أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم إلى ضيفـه طعامًا كان إذنًا فى أكله، ومن ملأ خابية ماء على الطريق كـان تسبيلاً له، ومن نثر على الناس نثارًا كان إذنًا فى التقاطه، وأبيح أخذه، وكـذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غـير إذن مباح بدلالة الحـال، وقد قدمنا فى البـيع أنه يصح بالمعاطاة من غـير لفظ وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال فكذلك هـٰهنا، وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شىء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسألتنا، والله أعلم.

٩١٩- **مسألة:** قال: (ولا يجوز أن يرجع إليه شىء من منافعه).

وجملة ذلك: أن من وقف شيئًا وقفًا صحيحًا، فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه

3- مسألة: (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة: أحدها: أن يكون فى عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائمًا مع بقاء عينها كالحيوان والعقار والأثاث والسلاح).

وجملة ذلك أن الذى يصح وقفه ما جاز بيعه مع بقاء عـينة وكان أصلاً يبقى بقاءً متصلاً كالعقار والحيوان والسلاح والأثاث وأشباه ذلك.

قـال أحمـد فى رواية الأثرم: إنما الوقف فـى الدور والأرضين على مـا وقف أصحـاب رسول الله ﷺ، وقـال فيـمن وقف خمس نخـلات على مسـجد: لا بأس به، وهـذا قول الشـافعى، وقـال أبو يوسف: لا يجـوز وقف الحـيوان ولا الرقـيق ولا العـروض إلاَّ الكراع والسلاح والغلمان والبقـر والآلة فى الأرض الموقوفة تبعًا لها، لأن هذا حـيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه، كما لو كان الوقف إلى مدة، وعن مالك فى الكراع والسلاح روايتان.

ولنا أن النبى ﷺ قال: «أمـا خالد فإنه قـد احتبس أدراعـه وأعتاده فى سـبيل الله»[1]

---

(1) أخرجه البـخارى معلقًا فى كتاب الزكـاة (٣/ ص٣٨٨) ثم وصله فى نفس الباب (٣/ ح١٤٦٨/ فتح) من حديث أبى هريرة ﷺ ومسـلم (٢/ زكاة/ ١١/ ٦٧٦) وأبو داود (٢/ زكـاة/ ح١٦٢٣) والنسائى (٥/ ح٢٤٦٢) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٢٢).

وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئًا للمسلمين فيدخل فى جملتهم مثل أن يقف مسجدًا فله أن يصلى فيه، أو مقبرة فله الدفن فيها، أو بئرًا للمسلمين فله أن يستقى منها، أو سقاية، أو شيئًا يعم المسلمين فيكون كأحدهم، لا نعلم فى هذا كله خلافًا، وقد روى عن عثمان بن عفان ﷺ أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين.

٩٢٠- مسألة: قال: **(إلا أن يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)**.

وجملته: أن الواقف إذا اشترط فى الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط، نص عليه أحمد، قال الأثرم: قيل لأبى عبد الله: يشترط فى الوقف أنى أنفق على نفسى وأهلى منه قال: نعم، واحتج قال: سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى أن فى صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر، وقال القاضى: يصح الوقف رواية واحدة، لأن أحمد نص عليها فى رواية جماعة، وبذلك قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبير وابن شريح، وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن: لا يصح الوقف، لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة، وكما لو أعتق عبدًا بشرط أن يخدمه، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئًا واشترط أن ينتفع به.

متفق عليه، وفى رواية: «أعتده» أخرجه البخارى، قال الخطابى: الأعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد، وروى أن أم معقل جاءت إلى النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه فى سبيل الله، وإنى أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ: «اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله»[2] ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس، أو نقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعقار.

فصل: قال أحمد رحمه الله فى رجل له دار فى الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها، قال: يقفها، وقال: القطائع ترجع إلى الأصل أراد جعلها للمساكين، فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو فى الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفًا.

4- مسألة: (ويصح وقف المشاع) وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن: لا يصح وبناه على أصله فى أن القبض شرط وهو لا يصح فى المشاع.

ولنا: أن فى حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر فاستأذن النبى ﷺ فيها فأذن له

---

(2) أخرجه أبو داود (٢/ ح١٩٩٠) بلفظ: «أما أنك لو أحججتها عليه كان فى سبيل الله» وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٧٥) والحاكم فى المستدرك (١/ ١٨٣ - ١٨٤) بلفظ: «إن الحج والعمرة لمن سبيل الله». وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٢/ ٣٩٥، ٣٩٦) من عدة طرق وبعدة روايات. وذكره الألبانى فى الإرواء (١٥٨٧).

ولنا: الخبر الذى ذكره الإمام أحمد، ولأن عمر رضي الله عنه لما وقف قال: ولا بأس على من وليها أن يأكل منها، أو يطعم صديقًا غير متمول فيه[٦]، وكان الوقف في يده إلى أن مات، ولأنه إذا وقف وقفًا عامًا كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به، فكذلك ههنا، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فإن عمر رضي الله عنه لم يقدر ما الوالى ويطعم إلا بقوله: بالمعروف، وفى حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر، إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغى أن يكون ذلك لورثته كما لو باع دارًا واشترط أن يسكنها سنة فمات فى أثنائها، والله أعلم.

فصل: وإن شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط، لأن النبى ﷺ شرط ذلك فى صدقته، وإن اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقًا جاز، لأنه عمر رضي الله عنه شرط ذلك فى صدقته التى استشار فيها رسول الله ﷺ، فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقًا لأن عمر ولى صدقته، وإن وليها أحد من أهله، وكان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلى صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر.

فى وقفها[3]، وهذا صفة المشاع، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مقررًا فجاز عليه مشاعًا كالبيع، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المقرر، ولا نسلم اعتبار القبض، وإن سلمنا فهو يصح فى الوقف كما يصح فى البيع.

فصل: وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثًا أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لأنه إذا جاز وقف الجزء مفردًا جاز وقف الجزئين، وإن أطلق الوقف فقال: وقفت دارى هذه على أولادى وعلى المساكين فهى بينهما نصفين، لأن إطلاق الإضافة إليهما يقتضى التسوية بين الجهتين، ولا تتحقق إلا بالتنصيف، وإن قال: وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهى بينهم أثلاثًا.

5- مسألة: (ويصح وقف الحلى على اللبس والعارية).

لأن ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الأجرة عليه، فصح الوقف عليه كوقف السلاح فى سبيل الله، ولما روى نافع قال: ابتاعت حفصة حليًا بعشرين ألفًا فحبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته، رواه الخلال بإسناده، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائمًا فصح وقفها كالعقار، وهو قول الشافعى، وروى عن أحمد: أنه لا يصح وقفها

---

(٦) أخرجه أحمد فى مسنده (٢/ ٥٥، ١٢٥) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٥٨ - ١٦٠) وإسناده صحيح.

(3) أخرجه البخارى (٥/ ٢٧٣٧/ فتح) ومسلم (٣/ وصية) (١٥/ ح١٢٥٥) وأبو داود (٣/ ٢٨٧٨) والترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد.

فصل: وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافًا، لأنه ينافي مقتضى الوقف، ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وإن شرط الخيار في الوقف فسد، ونص عليه أحمد، وبه قال الشافعي، وقال أبو يوسف في رواية عنه: يصح، لأن الوقف تمليك المنافع فجاز بشرط الخيار فيه كالإجارة.

ولنا: أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء، ولأنه إزالة ملك الله تعالى، فلم يصح اشتراط الخيار فيها كالعتق، ولأنه ليس بعقد معاوضة، فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهي نوع من البيع، ولأن الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف، ولم يمنع التصرف فافترقا.

عليه، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه، كما لو وقف الدنانير والدراهم، والمذهب الأول لما ذكرنا، والتحلي من المقاصد المهمة، والعادة جارية به، وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه، وجوز إجارته لذلك، ويفارق الدراهم والدنانير، فإن العادة لم تجر بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في إسقاط زكاة ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا.

6- **مسألة:** (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار وسلاح غير معين) لأن الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في غير معين كالعتق.

7- **مسألة:** (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدين) لأنه أنقل للملك على وجه القربة فلم يصح في غير معين كالهبة.

8- **مسألة:** (ولا يصح وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والكلب والمرهون، وكذلك الخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد، وجوارح الطير التي لا يصاد بها).

لأنه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجز كالبيع، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وما لا منفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسبيل المنفعة، والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله، ولا يصح وقف الحمل المنفرد لأنه لا يجوز بيعه.

فصل: (ولا يصح وقف ما لا ينتفع به مع بقائه دائمًا كالأثمان والطعون والرياحين).

ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لا يجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئًا حكي عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز، ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح ذلك فيه، وقيل في الدراهم والدنانير

فـصـل: وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح، لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده، كما لو شرط أن لا ينتفع، وإن شرط للناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف، ويحرم من يشاء جاز، لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقًا في الوقف، إذا اتصف بإرادة الوالي لعطيته، ولم يجعل له حقًا إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل، فلو ترك المشتغل والاشتغال زال الاستحقاق، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه، والله أعلم.

فـصـل: **إذا جعل علو داره مسجدًا دون سفلها أو سفلها دون علوها صح**، وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأن المسجد يتبعه هواؤه.

ولنا: أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

فـصـل: **وإن جعل وسط داره مسجدًا، ولم يذكر الاستطراق صح**، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق.

يصح وقفها عند من أجاز إجارتها ولا يصح لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان، ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به ولذلك لا يصح وقف الشمع للإشعال لأنه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول، **الثاني**: أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة.

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والسقايات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب، ويصح على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكًا محترمًا وتجوز الصدقة عليهم، قال الله تعالى: ﴿**لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ**﴾ (الممتحنة: ٨) وإذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم كالمسلمين، وروى أن صفية زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي[4]، ولأن من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لأن الوقف عليهم لا على الموضع.

9- مسألة: **(ولا يصح على الكنائس وبيوت النار والبيع وكتب التوراة والإنجيل)** لأن ذلك معصية، فإن هذه المواضع بنيت للكفر، وكتبهم مبدلة منسوخة، ولذلك غضب النبي

---

(4) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ١٢٨) والبيهقي في السنن (٦/ ٢٨١) وعبد الرزاق في مصنفه (٩٩١٣) وأيضًا في باب «هل يتوارث أهل ملتين» برقم (١٩٣٢٧).

ولنا: أنه عقد يبيح الانتفاع، من ضرورتـه الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجز بيتًا من داره.

فصل: إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده، ففيه روايتان: إحداهما: لا يصح، فإنه قال في رواية أبي طالب، وقد سئل عن هذا، فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله، وفي سبيل الله، فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرف، فعلى هذه الرواية يكون الواقف عليه باطلاً، وهل يبطل الوقف على من بعده؟ على وجهين: بناء على الوقف المنقطع الابتداء، وهذا مذهب الشافعي، لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه، كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه، ولأن الموقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك، فلم يصح ذلك، كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه، ونقل جماعة: إن الوقف صحيح، اختاره ابن أبي موسى، قال ابن عقيل: وهي أصح، وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، ولأنه يصح أن يقف وقفًا عامًا فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والأول أقيس.

٩٢١- مسألة: قال: **(والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم)**.

في هذه المسألة فصول أربعة:

الأول: أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم، كان الوقف بين القوم

ﷺ على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال: «أفي شك أنت يا بن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حيًا لما وسعه إلا اتباعي»(5) ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه، وحكم الوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها، لأنه يراد لتعظيمها والمسلم والذمي في ذلك سواء، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعًا وماتوا، ولهم أبناء نصارى فأسلموا، والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم، وهذا مذهب الشافعي، قال شيخنا: ولا نعلم فيه مخالفًا، لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح وقف الذمي كغير المعين، **فإن قيل:** فقد قلتم: إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقودًا فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم ننقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ **قلنا:** الوقف

---

(5) أخرجه الدارمي في السنن (١/ مقدمة/ ح٤٣٥) وأحمد في مسنده (٣/ ٣٨٧) وابن أبي عاصم في السنة (١/ ص٢٧) والحديث في إسناده مجالد وهو ابن سعيد الهمداني قال الحافظ في التقريب: ليس بالقوي وقد تغير في آخر عمره ولكنه يتقوى بشواهده، وقد ذكره الألباني في إرواء الغليل مستوفية فلتراجع (٦/ ٣٤).

وأولادهم، ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك إن لم تقترن به قرينة تقتضى ترتيبًا، لأن الواو تقتضى الاشتراك، فإذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض، ويشارك الآخر الأول، وإن كان من البطن العاشر، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حملاً فلا يثبت له حكم الدار قبل انفصاله.

فصل: فإن قال: وقفت على أولادى ثم على المساكين، أو قال: على ولدى ثم على المساكين، أو على ولد فلان، ثم على المساكين، فقد روى عن أحمد ما يدل على أنه يكون وقفًا على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين، ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك، قال المروذى: قلت لأبى عبد الله ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال: كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر، وقال أيضًا فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل، ولم يقل إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضًا، لأن هذا من ولد على بن إسماعيل، ووجه ذلك أن الله تعالى قال: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ**﴾ (النساء: ١١) فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا، ولما قال: ﴿**وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ**﴾ (النساء: ١١) فتناول ولد البنين، وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين، فالمطلق من كلام الآدمى إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يحمل على المطلق من

ليس بعقد معاوضة إنما هو إزالة ملك فى الموقف على وجه القربة فإذا لم يقع صحيحًا لم يزل الملك بحاله كالعتق، وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد فى وصيته أن غلامه فلانًا يخدم البيعة خمس سنين، ثم هو حر، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم، ما عليه؟ قال: هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبلغ أربع سنين، وروى عنه قال: هو حر ساعة مات مولاه، لأن هذه معصية، وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله، ويحتمل أن قوله: يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة، بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته، فإذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه، كما لو تزوج الذمى ذمية على ذلك ثم أسلم، فإنه يجب عليه المهر، كذا ههنا يجب عليه العوض، والأول أولى.

10- مسألة: (ولا يصح الوقف على حربى ولا مرتد) لأن أموالهم مباحة فى الأصل تجوز إزالتها فما يتجدد لهم أولى، والوقف يجب أن يكون لازمًا لأنه تحبيس الأصل.

11- مسألة: (ولا يصح على نفسه فى إحدى الروايتين، فإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده، فقال فى رواية أبى طالب وقد سئل عن هذا فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله

كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به، لأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ و ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ وقال النبى ﷺ: «ارموا بنى إسماعيل فإن أباكم كان راميًا»(٧) وقال: «نحن بنو النضر بن كنانة»(٨) والقبائل كلها تنسب إلى جدودها، ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة.

وقال القاضى وأصحابه: لا يدخل فيه ولد الولد سواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات لأن الولد حقيقة وعرفًا إنما هو ولده لصلبه وإنما يسمى ولد الولد ولدًا مجازًا، ولهذا يصح نفيه فيقال: ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى، وإن قال: على ولدى لصلبى فهو آكد وإن قال: على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين دخل فيه البطن الأول والثانى ولم يدخل فيه البطن الثالث، وإن قال: على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم، وموضع الخلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف مثل أن يقول: على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد بغير خلاف، وكذلك إن قال على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم، أو قال: فإذا خلت الأرض من عقبى عاد إلى المساكين، أو قال: على ولدى غير ولد البنات أو غير ولد فلان، أو قال: يفضل البطن الأعلى على الثانى، أو قال: الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع

تعالى، أو فى سبيله، فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلاً وهل يبطل على من بعده؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء، وهذا مذهب الشافعى، لأن الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه من التصرف فى رقبة الملك، فلم يصح ذلك، كما لو أفرده بأن يقول: لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه، ونقل جماعة: أن الوقف صحيح، اختاره ابن أبى موسى، قال ابن عقيل: وهو أصح وهو قول ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبى يوسف وابن شريح لما نذكره فى المسألة بعدها ولأنه يصح أن يقف وقفًا عامًا فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه، والأول أقيس.

---

(٧) أخرجه البخارى فى الجهاد (٦/ ح٢٨٩٩/ فتح) وفى الأنبياء (٣٣٧٣) وفى المناقب (٣٥٠٧) من حديث سلمة بن الأكوع، وابن ماجه (٢/ ح٢٨١٥) من حديث ابن عباس بلفظ: «رميًا بنى إسماعيل...» الحديث وأحمد فى مسنده (١/ ٣٦٤) من حديث ابن عباس بلفظ ابن ماجه، وأيضًا (٤/ ٥٠) من حديث سلمة بن الأكوع بلفظ البخارى، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٩٤) من عدة طرق، وابن حبان (٧/ ٩٨، ٩٩) والبخارى فى التاريخ الكبير (٨/ ٣١٠) من حديث هند بن حارثة، وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ٣٩٠) من حديث سلمة.

(٨) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٦١٢) وأحمد فى مسنده (٥/ ٢١١، ٢١٢) والطبرانى فى الصغير (١/ ١١) وعبد الرزاق فى المصنف (١١/ ٧٤) وإسناده صحيح.

نسله وعاقبته وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالموقف مثل أن يقول: على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم، وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بأن المطلق يقتضى التعميم ولم يكن فى لفظه ما يقتضى تشريكًا ولا ترتيبًا، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لأنهم دخلوا فى اللفظ دخولاً واحدًا فوجب أن يكون بينهم مشتركًا كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب فى الميراث، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل ولم يقل: إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد على بن إسماعيل وترك ولدًا، فقال: إن مات بعض ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضًا، لأن هذا من ولد على بن إسماعيل فجعله لولد من مات من ولد على بن إسماعيل عند موت أبيه، وذلك أن ولد البنين لما دخلوا فى قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: ١١) لم يستحق ولد البنين شيئًا مع وجود آبائهم، واستحقوا عند فقدهم، كذا هٰهنا، فأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال.

فصل: وإن رتب فقال: وقفت هذا على ولدى وولد ولدى ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، أو البطن الأول ثم البطن الثانى، أو على أولادى ثم على أولاد أولادى، أو على أولادى، فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادى، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثانى شيئًا حتى ينقرض البطن كله، ولو

فصل: ومن وقف وقفًا صحيحًا على إنسان فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه، وزال ملكه عن الواقف، وملك منافعه، فلم يجز أن ينتفع بشىء منها، فأما إن وقف شيئًا للمسلمين دخل فى جملتهم مثل أن يقف مسجدًا فله أن يصلى فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئرًا للمسلمين فله يسقى منها أو سقاية أو شيئًا يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم فى ذلك خلافًا، وقد روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين.

12- مسألة: (وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح).

إذا وقف وقفًا على غيره وشرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الأثرم: قيل لأبى عبد الله: أشترط فى الوقف أنى أنفق على نفسى وأهلى؟ قال: نعم، واحتج، قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى أن فى صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر، قال القاضى: يصح الوقف رواية واحدة، لأن أحمد نص عليها فى رواية جماعة، وبذلك قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيرى وابن شريح، وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن: لا يصح الوقف،

بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه، وإن قال: على أولادى وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريًا عليه جاريًا على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية، ولو جعلنا لولد الولد سهمًا مثل سهم أبيه، ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان، ولغيره سهم، وهذا ينافى التسوية ولأنه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن، والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا، فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده، فإذا مات عن ولد انتقل إلى ولده سهمه سواء بقى من البطن الأول أحد أو لم يبق.

فصل: وإن رتب بعضهم دون بعض فقال: وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم، أو على أولادى ثم على أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا، أو قال: على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا، فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب، ففى المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم، وفى الثانية يختص به الولد، فإذا انقرضوا صار مشتركًا بين من بعدهم، وفى الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم.

فصل: وإن قال: وقفت على أولادى ثم على أولاد أولادى على أنه من مات من أولادى عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لإخوته، أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لأخواته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه، وإن قال: من من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم

لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة، وكما لو أعتق عبدًا واشترط أن يخدمه، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه، كما لو باع شيئًا واشترط أن ينتفع به.

ولنا أن الخبر الذى ذكره الإمام أحمد، ولأن عمر رضي الله عنه لما وقف، قال: لا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقًا غير متمول منه، وكان الوقف فى يده إلى أن مات، ولأنه إذا وقف وقفًا عامًا كالمساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك ههنا، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته، أو مدة معلومة معينة، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه، فإن عمر لم يقدر ما يأكله الوالى ويطعم إلاَّ بقوله: بالمعروف، وفى حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر، إلا أنه إذا شرط أن ينتفع بها مدة معينة فمات فيها فينبغى أن يكون ذلك لورثته، كما لو باع دارًا واشترط أن يسكنها سنة فمات فى أثنائها.

فصل: ويصح أن يشترط أن يأكل منها أهله، لأن النبى ﷺ شرط ذلك فى صدقته، وإن شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقًا صح، لأن عمر شرط ذلك فى صدقته التى استأمر

عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابنى أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف، ثم إن مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حيًا فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسوية إن لم يخلف ولدًا وإن خلف ابنًا واحدًا فله نصيب أبيه وهو النصف، ولابنى عمه النصف لكل واحد الربع، وإن قال: من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جاريًا على من هو فى درجته فإن كان الواقف مرتبًا بطنًا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه، وإن كان مشتركًا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم، لأنهم فى استحقاق الوقف سواء فكانوا فى درجته من هذه الجهة، ولأننا لو صرفنا نصيبه إلى بعضهم أفضى إلى تفضيل بعضهم، والتشريك يقتضى التسوية، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه، لأنه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك، ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذى هو منه لأنهم فى درجته فى القرب إلى الجد الذى يجمعهم ويستوى فى ذلك إخوته وبنو عمه وبنو بنى عم أبيه، لأنهم سواء فى القرب، ولأننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم فى نصيبه لم يكن فى هذا الشرط فائدة، والظاهر أنه قصد شيئًا يفيد، فعلى هذا إن لم يكن فى درجته أحد بطل هذا الشرط، وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من فى درجته ففيه ثلاثة أوجه:

فيها رسول الله ﷺ، فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقًا، لأن عمر ولى صدقته، وإن وليها أحد من أهله فله ذلك، لأن حفصة بنت عمر كانت تلى صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر.

فصل: فإن اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط لا نعلم فى بطلان الشرط خلافًا، لأنه ينافى مقتضى الوقف، ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع، وإن شرط الخيار فى الوقف فسد، نص عليه أحمد، وبه قال الشافعى، وقال أبو يوسف فى رواية عنه: يصح، لأن الوقف تمليك المنافع، فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة.

ولنا: أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلا يصح كما لو شرط أن له بيعه متى شاء، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالعتق، لأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الإجارة، فإنها عقد معاوضة، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف فافترقا.

أحدها: أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون، وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل.

والثانى: أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنًا لعمه الحى فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه.

والثالث: أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء، لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم.

فصل: وإن شرط فى الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف، فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما إن شرط للناظر أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ويمنع من يشاء جاز، لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف، وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقًا فى الوقف إذا اتصف بإرادة الناظر عطيته، ولم يجعل له حقًا إذا انتفت تلك الصفة فيه، فأشبه ما لو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده، فإنه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل، فمتى ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه، فإن عاد إليه عاد استحقاقه.

فصل: إذا جعل علو داره مسجدًا دون أسفلها، أو أسفلها دون علوها صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأن المسجد يتبعه هواؤه.

ولنا: أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدار جميعها، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف، فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

فصل: فإن جعل وسط داره مسجدًا ولم يذكر الاستطراق صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق.

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورية الاستطراق فصح، وإن لم يذكره كما لو أجر بيتًا من داره.

13- **مسألة: (الثالث: أن يقفه على معين يملك، ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد).**

لأنه تمليك أشبه البيع، ولأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة، فلا يصح على غير معين كالإجارة.

14- **مسألة: (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبّر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن).**

فصل: وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده، وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط، وكذلك إن كان له بنون وبنات فقال: من مات من الذكور فنصيبه لولده، ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال، وإن قال: على أولادى على أن يصرف إلى البنات منه ألف والباقى للبنين لم يستحق البنون شيئًا حتى تستوفى البنات الألف لأنه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال فجعل البنات كذوى الفروض الذين سمى الله لهم فرضًا وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوى الفروض.

فصل: فإن كان له ثلاثة بنين فقال: وقفت على ولدى فلان وفلان وعلى ولد ولدى كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء، وقال القاضى: يدخل الثالث فى الوقف وذكر أن أحمد قال فى رجل قال: وقفت هذه الضيعة على ولدى فلان وفلان وعلى ولد ولدى وله ولد غير هؤلاء قال: يشتركون فى الوقف، واحتج القاضى بأن قوله ولدى يستغرق الجنس فيعم الجميع، وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب إخراج بقيتهم كالعطف فى قوله تعالى: ﴿**مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ**﴾ (البقرة: ٩٨).

ولنا: أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال

قال أحمد فيمن وقف على مماليكه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك، **فإن قيل:** فقد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهى لا تملك، **قلنا:** الوقف هناك على المسلمين إلا أنه عين فى نفع خاص لهم، **فإن قيل:** فينبغى أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز، **قلنا:** على الجهة التى عين صرف الوقف فيها ليست نفعًا بل هى معصية محرمة يزدادون بها عقابًا وإثمًا بخلاف المساجد، **فإن قيل:** فلم لا يصح الوقف على العبد، إذا قلنا إنه يملك بالتمليك؟ **قلنا:** لأن الوقف يقتضى تحبيس الأصل والعبد لا يملك ملكًا لازمًا ولا يصح على المكاتب، وإن كان يملك لأن ملكه غير مستقر.

15- **مسألة: (الرابع أن يقف ناجزًا فإذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بعد موتى فيصح فى قول الخرقى وعند أبى الخطاب لا يصح).**

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرس حبيس أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم غائب ونحو ذلك، ولا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط فى الحياة كالهبة.

فصل: فأما إذا قال: هو وقف بعد موتى، فظاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من

على ولدى فلان وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به، كقول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ (آل عمران: ٩٧) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به، ولو قال ضربت زيدًا رأسه ورأيت زيدًا وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَيَجْعَلَ الْخَبِيثَ بَعْضَهُ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (الأنفال: ٣٧) وقول القائل: طرحت الثياب بعضها فوق بعضه فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول كذا هـهنا، وفارق العطف فإن عطف الخاص على العام يقتضى تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد: هم شركاء يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أى يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه، ولو قال: على ولدى فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل فى الموقف ولد ولده لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله: وقفت على ولدى يتناول نسله وعاقبته كلها.

فصل: ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره، وفيهم حمل لم يستحق شيئًا قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله، قال أحمد فى رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلاً على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود: فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شىء وهو للأول، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم، وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الأصل فى البيع

الثلث كسائر الوصايا، وهو ظاهر كلام أحمد، وقال القاضى: لا يصح هذا، لأنه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كما لو علقه على شرط فى حياته، وحمل كلام الخرقى على أنه قال: قفوا بعد موتى، فتكون وصية بالوقف لا إيقافًا.

ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر أوصى فكان فى وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمنا صدقة والعبد الذى فيه والسهم الذى بخيبر ورقيقه الذى فيه والمائة وسق الذى أطعمنى محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقًا (6) رواه أبو داود، بنحو من هذا، وهذا نص فى مسألتنا، ووقفه هذا كان بأمر النبى ﷺ ولأنه اشتهر فى الصحابة ولم ينكر فكان إجماعًا، ولأن هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة، أو نقول: صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف، وفارق هذا التعليق على شرط فى الحياة بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرهما، وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف فى الحياة، بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم، وللمجهول وللحمل وغير ذلك، وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط، وسوّى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما.

---

(6) أخرجه أبو داود (٣/ ح٢٨٧٩) وإسناده صحيح.

وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التأبير لا تتبع الأصل ويستحقها من كان الأصل فكانت للأول، لأن الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئًا كالمشترى، وهكذا الحكم فى سائر ثمر الشجر الظاهر فإن المولود لا يستحق منه شيئًا ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وإن كان الوقف أرضًا فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول، وإن كان مما يستحقه المشترى فللمولود حصته منه لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشترى فيه.

الفصل الثانى: إذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل فى الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه، فأما ولد البنات فقال الخرقى: لا يدخلون فيه، وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصورًا على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وممن قال لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن، وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد: يدخل فيه ولد البنات، وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف، لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا فى الوقف لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله

فصل: ولا يشترط القبول إلا أن يكون على آدمى معين، ففيه وجهان:

أحدهما: يشترط، فإن لم يقبل أو رده بطل فى حقه دون من بعده، وصار كما لو وقف على من لا يجوز، ثم على من يجوز يصرف فى الحال إلى من بعده.

وجملة ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى القبول، وإن كان على آدمى معين ففيه وجهان، **أحدهما:** لا يشترط، اختاره القاضى، لأنه أحد نوعى الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر ولأنه إزالة ملك تمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالعتق.

والثانى: يشترط، لأنه تبرع لآدمى معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لآدمى معين وقفت على قبوله، وإن كانت لغير معين كالمساكين أو لمسجد أو نحوه لم يفتقر إلى قبول كذا ههنا والأول أولى، والفرق بينه وبين الهبة والوصية: أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتى من البطون فى المستقبل فيكون الوقف على جميعهم، إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله، والوصية للمعين بخلافه، وهذا مذهب الشافعى، وإذا قلنا: لا يفتقر إلى القبول، لم يبطل بالرد كالعتق، وإن قلنا: يفتقر إلى القبول فرده بطل فى حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج فى صحته فى حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة.

تعالى: ﴿وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ (الأنعام: ٨٤، ٨٥) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس، ثم قال: ﴿أُولَٰئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِن ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ﴾ (مريم: ٥٨) وعيسى معهم، وقال النبى ﷺ للحسن: «إن ابنى هذا سيد»[٩] وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ (النساء: ٢٣) دخل فى التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل فى التحريم بناتهن.

ووجه قول الخرقى أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: ١١) فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد فى الإرث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات، ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس فى عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم فى حياته، ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم، قال الشاعر:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

وقولهم: إنهم أولاد أولاد حقيقة قلنا: إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفًا ولذلك لو قال أولاد أولادى المنتسبين إلى لم يدخل هؤلاء فى الوقف، ولأن ولد الهاشمية من غير

فصل: إذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء، كالوقف على عبده وأم ولده أو مجهول، فإن لم يذكر له مآلا فالوقف باطل وكذلك إن جعل له مآلاً لا يجوز الوقف عليه لأنه أخل بأحد شرطى الوقف فبطل كما لو وقف ما لا يجوز وقفه وإن جعل له مآلاً يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين، ففى صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة، وللشافعى قولان كالوجهين، فإذا قلنا: يصح، وهو قول القاضى وكان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول، والكنائس صرف فى الحال إلى من يجوز الوقف عليه لأننا لما صححنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه لتعذر التصحيح مع اعتباره، وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب، وفيه وجه آخر: أنه يصرف فى الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه، فإذا انقرض صرف إلى من يجوز، ذكره القاضى وابن عقيل، لأن الواقف إنما جعله وقفًا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه، ويفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

---

(٩) أخرجه البخارى فى الصلح (٥/ ٢٧٠٤ فتح) وأبو داود (٤/ ح٤٦٦٢) والترمذى (٥/ ٣٧٧٣) والنسائى (٣/ ١٤٠٩).

الهاشمى ليس بهاشمى ولا ينسب إلى أبيها، وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه، ولذلك يقال: عيسى ابن مريم، وغيره إنما ينسب إلى أبيه كيحيى بن زكريا، وقول النبى ﷺ: «إن ابنى هذا سيد» تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ (الأحزاب: ٤٠) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما دل على تعيين أحد الأمرين، فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه، ولو قال على أولادى وأولاد أولادى على أن لولد البنات سهمًا ولولد البنين سهمين أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلى من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلوا فى الوقف، وإن قال على أولادى وأولاد أولادى المنتسبين إلى أو غير ذوى الأرحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وإن قال: على ولدى فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولده فنصيبه لولده، وإن قال الهاشمى وقفت على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين لم يدخل فى الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمى، فأما من كان هاشميًا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين: أحدهما: أنهم يدخلون، لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعًا كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين، والثانى: لا يدخلون، لأنهم لم يدخلوا فى مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين، وإن قال: على أولادى وأولاد أولادى ممن ينسب إلى قبيلتى فكذلك.

فصل: فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط، كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج فى صحة الوقف وجهان على ما نذكره فى الوقف المنقطع الانتهاء، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه، فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة، وإن أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى؟ على وجهين كما تقدم، فإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كمن وقف على عبده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج فى صحته أيضًا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه إلى مصرف الوقف المنقطع.

16- **مسألة:** (وإن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مآلاً، أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز، أو قال: وقفت وسكت انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف وقفًا عليهم فى إحدى الروايتين، والأخرى إلى أقرب عصبته وهل يختص به فقراءهم؟ على وجهين، وقال القاضى فى موضع: يكون وقفًا على المساكين).

وجملة ذلك أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحته عند القائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم، وإن كان معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فهو صحيح أيضًا، وبه قال مالك وأبو

الفصل الثالث: أنه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والأنثى لأنه تشريك بينهم وإطلاق التشريك يقتضى التسوية كما لو أقر لهم بشىء وكولد الأم فى الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ (النساء: ١٢) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض، وليس كذلك فى ميراث ولد الأبوين وولد الأب فإن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ ولا أعلم فى هذا خلافًا.

الفصل الرابع: أنه إذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال، فلو قال: وقفت على أولادى وأولاد أولادى على أن للذكر سهمين وللأنثى سهمًا، أو للذكر مثل حظ الأنثيين أو على حسب ميراثهم أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للعامل ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للغنى أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحدًا معينًا أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة، مثل أن يقول: من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شىء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شىء له، ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شىء له، أو من كان على مذهب كذا فله، ومن خرج منه فلا شىء له فكل هذا صحيح على ما شرط، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير

يوسف والشافعى فى أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن: لا يصح، وهو القول الثانى للشافعى، لأن الوقف مقتضاه التأبيد، فإن كان منقطعًا صار وقفًا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول فى الابتداء.

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف الصرف ههنا أولى الجهات به فكأنه عينهم، إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف، وبه قال الشافعى إلا أنه قال: يكون وقفًا على أقرب الناس إلى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء، وعن أحمد أنه يصرف إلى المساكين، اختاره القاضى والشريف أبو جعفر، لأنهم مصرف الصدقات، وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فإذا وجدت صدقه غير معينة الصرف انصرفت إليهم، كما لو نذر صدقة مطلقة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يجعل فى بيت مال المسلمين، لأنه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له، وقال أبو يوسف: يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول: صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وفلان، فإذا انقرض المسمى كانت على الفقراء والمساكين، لأنه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره، ويفارق ما إذا كان ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة.

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع إليه، كما لو أعتق عبدًا، والدليل على صرفه إلى أقارب الوقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبى ﷺ: «صدقتك على غير ذى

جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وأن لـلمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فإن استغنت بزوج فلا حق لها فى الوقف، وليس هذا تعليقًا للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافًا.

فـصل: والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وقال القاضى: المستحب التسوية بين الذكر والانثى لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا فى القرابة.

ولنا: أنه إيصال للمال إليهم فينبغى أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية، ولأن الذكر فى مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما فى العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده، والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله الذكر على الأنثى فى الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف وإلى غيره من العطايا والصلات، وما ذكره القاضى لا أصل له وهو ملغى بالميراث والعطية، فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض، فقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم إن كان على طريق الأثرة فأكرهه، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعنى فلا بأس به، ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، وعلى قياس

رحمك صدقة، وصدقتك على ذى رحمك صدقة وصلة» (7) وقال: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» (8) ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات فكذلك صدقته المنقولة، إذا ثبت هذا فإنه يكون للفقراء منهم والأغنياء فى إحدى الروايتين عن أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأن الوقف لا يختص الفقراء، ولأنه لو وقف على أولاده تناول الأغنياء والفقراء كذا ههنا، وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ولأننا خصصنا الأقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففى إحدى الروايتين يختص بالورثة منهم لأنهم الذين صرف الله إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف إليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفًا، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفًا عليهم، نص عليه أحمد وذكره القاضى، لأن الوقف يقتضى التأبيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فيصرف إليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف إليهم على سبيل الإرث على ما ذكره الخرقى ويبطل الوقف فيه كقول أبى يوسف، **والرواية الثانية:** يكون وقفًا على أقرب عصبة الواقف دون بقية الوارث ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا

(7) انظر الحديث رقم (١٣) مغنى. (8) سيأتى برقم (١٤) مغنى.

قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضًا لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس، وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقًا دون سائر ولده(١٠)، وحديث عمر أنه كتب بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا وصرمة بن الأكوع والعبد الذى فيه والمائة سهم التى بخيبر ورقيقه الذى فيه الذى أطعمه محمد ﷺ بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوى القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقًا منه(١١)، رواه أبو داود، وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها.

٩٢٢- **مسألة:** قال: (فإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين).

يعنى: إذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقيًا، لأنه رتبه للمساكين بعدهم، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة، ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين فى

بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضًا، قال شيخنا: وهذا لا يقوى عندى، فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع، ولا نعلم فيه نصًا ولا إجماعًا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالى لأن علته لا تتحقق ههنا، وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين لأنهم مصارف مال الله وحقوقه، فإن كان فى أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم، ولأنَّا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين فهى أيضًا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء أو المساكين وقفًا عليهم لأن القصد به الثواب الجارى عليه على وجه الدوام، وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم إلا على قول من قال: إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكًا لهم فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثًا لا وارث له فكان بيت المال أولى به.

---

(١٠) أخرجه مالك فى الموطأ من كتاب الأقضية (٢/ ٤٠/ ٧٥٢) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٧٠، ١٧٨) من حديث عائشة.

(١١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٧٩) وإسناده صحيح.

مصرف كفارة اليـمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميـعًا وجاز الصرف إلى كل واحد منهـما، ولما ذكر الفقراء فى قوله: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (البقرة: ٢٧٣) وفى قوله: ﴿وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ (البقرة: ٢٧١) تناول القسمين، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القـسمين إلا فى الصـدقات، لأن الله تعـالى جـمع بين الاسمـين وميـز بين المسـميين فـاحتجنا إلى التـمييـز بينهما، وفى غـير الصدقـات يستحـق الكل بكل واحد من الاسميـن، فإن جمع بين الاسمـين، بالوقف أيضًا فقال وقـفت هذا على الفقراء والمسـاكين نصفين أو ثلاثًا وجب التمييـز بينهما أيضًا فنزلناهما منزلتهما من سـهام الصدقات، وإن قال: على الفقراء والمساكـين فقياس المذهب جواز الاقتصـار على أحد الصنفين وإباحة الدفع إلى واحد كـما قلنا فى الزكاة، ويـتخرج أن لا يجـوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على القـول فى الزكاة أيضًـا، ولا خلاف فى أنه لا يجب تعـميـمهم بالعطيـة كمـا لا يجب استيعـابهم بالزكاة ولا فى أنه يجوز التفضيل بين من يعطيـه منهم سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل إليهم عن غـيرهم، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واسـتيعابهم والتـسوية بينهم وجب استـيعابهم والتسـوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبنى تميم وبنى هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفـضيل والتسوية، لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه، فإن كان

فـصـل: وإن وقف على من يجـوز ثم على من لا يجوز كـمن وقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضًا، ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى من يصرف إليه الوقف المنقطع كالمسألة قبلها، لأن ذكر من لا يجـوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف، لأنه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة.

فصل: فإن قال: وقفت هذا، وسكت، أو قال: صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيـه، وقال ابن حامد: يصح الوقف، قـال القاضى: هو قيـاس قول أحمد فـإنه قال فى النذر المطلق: ينعقد موجبًا لكفارة اليمـين وهو قول مالك والشافعى فى أحد قوليه، لأنه إزالة ملك على وجه القربة فـوجب أن يصح مطلقًا كالأضحـية والوصية، ولو قال: وصـيت بثلث مالى صح، وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا.

17- مـسـألة: (وإن قال: وقـفت دارى سنة أو إلى يوم يقـدم الحاج لم يصح فـى أحد الوجهين).

لأن مقتضى الوقف التأبيد وهذا ينافيه، **والوجه الآخر**: يصح لأنه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء، فإن قلنا: يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف إلى مصرف الوقف المنقطع الانتهاء.

الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه، كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف على ﷺ على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبًا، وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذى يعجز عن بعضه، ولأن الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم.

فصل: وإن وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم إلى غيرهم، لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود فى الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه وشرحهم يأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى، وإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف إليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذى يعطى من الزكاة لا يزاد على ذلك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضى غرمه، والمكاتب قدر ما يؤدى به كتابته، وابن السبيل مايبلغه، والغازى قدر ما يحتاج إليه لغزوه وإن كان غنيًا، واختلف فى قدر ما يحصل به الغنى فقال أحمد فى رواية على بن سعيد فى الرجل يعطى من الوقف خمسين درهمًا فقال إن كان الواقف ذكر فى كتابه المساكين فهو مثل الزكاة،

فصل: فإن قال: هذا وقف على ولدى سنة ثم على المساكين صح، وكذلك إن قال: وقف على ولدى مدة حياتى ثم هو بعد موتى للمساكين صح، لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وإن قال: وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفًا على المساكين ويلغوا قوله: على أولادى لأن المساكين لا انقراض لهم.

18- **مسألة: (ولا يشترط إخراج الوقف عن يده فى إحدى الروايتين)**.

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ، لأن الوقف يحصل به، وعن أحمد: أنه لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده فإنه قال: الوقف المعروف أن يخرجه من يده إلى غيره يوكل فيه من يقوم به، اختاره ابن أبى موسى، وهو قول محمد بن الحسن، لأنه تبرع بما لم يخرجه عن المالية فلم يلزمه بمجرده كالهبة والوصية.

ولنا ما رويناه من حديث عمر، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرده كالعتق، ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق، والوقف: تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه وإلحاقه به أولى.

فصل: قال ﷺ: **(ويملك الموقوف عليه الوقف وعنه لا يملكه)**.

ظاهر المذهب أن الملك ينتقل فى الموقوف إلى الموقوف عليه، قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم، وهذا يدل على أنهم ملكوه، وروى عن أحمد: أنه لا يملك

وإن كان متطوعًا أعطى ما شاء وكيف شاء فقد نص أحمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف فى الزكاة، والله أعلم، وإن وقف على جميع الأصناف أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه؟ على وجهين بناء على الزكاة.

فصل: وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، فسبيل الله هو: الغزو والجهاد فى سبيل الله، فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف إليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديون وإن كانوا أغنياء، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام فى ذلك، وقال أصحابنا: يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء، لأنهم أكثر الجهات ثوابًا، فإن النبى ﷺ قال: «صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة»(١٢) والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف: الفقراء والمساكين والرقاب والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لأن هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن فكان ما نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره، وإن ساواه فى الحاجة وهذا مذهب الشافعى.

ولنا: أن لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين فى

فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكًا للورثة وإنما ينتفعون بغلتها، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله: لا يملكون أى: لا يملكون التصرف فى الرقبة، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف، وعن الشافعى من الاختلاف نحو ما حكيناه، وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم بل يكون حق الله تعالى، لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالعتق.

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك إليه كالهبة والبيع، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد.

19- **مسألة: (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه)** لأنه نماء ملكه، ولا نعلم فى ذلك خلافًا.

20- **مسألة: (وليس له وطء الجارية، فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر)**.

لا يجوز للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة، لأنَّا لا نأمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد، ولأن ملكه ناقص، فإن وطئ فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه، لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شىء على نفسه.

---

(١٢) تقدم تخريجه برقم (٧٦) مسألة رقم (٤٢٤).

الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى، وكذلك سائر الألفاظ العامة، وإن أوصى فى أبواب البر صرف فى كل ما فيه بر وقربة، وقال أصحابنا: يصرف فى أربع جهات: أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج، قال أبو الخطاب: وعنه فداء الأسرى مكان الحج ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها.

٩٢٣- **مسألة:** قال: **(فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع إلى ورثة الواقف فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله، والرواية الأخرى يكون وقفًا على أقرب عصبة الواقف).**

وجملة ذلك: أن الواقف الذى لا اختلاف فى صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم، وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم، بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين، ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح، وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعى فى أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن: لا يصح، وهو القول الثانى للشافعى، لأن الوقف مقتضاه التأبيد، فإذا كان منقطعًا صار وقفًا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول فى الابتداء.

ولنا: أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صح بمصرفه المتصل ولأن الإطلاق إذا

21- **مسألة:** **(وإن ولدت فالولد حر).**

لأنه من وطء شبهة وعليه قيمته يوم الوضع يشترى بها عبد مكانه، لأنه فوت رقه، وتصير أو ولد له، لأنه أحبلها بحر فى ملكه فإذا مات عتقت وتجب قيمتها فى تركته، لأنه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفًا مكانها، وإن قلنا: لا يملكها الموقوف عليه لم تصر أم ولد له بذلك، لأنها أجنبية.

22- **مسألة:** **(فإن أعتقها لم ينفذ عتقه).**

لأنه يتعلق به حق غيره، ولأن الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فإن كان نصف العبد وقفًا ونصفه طلقًا فأعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه إلى الوقف، لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى.

23- **مسألة:** **(وإن وطئها أجنبى بشبهة فالولد حر).**

لاعتقاده أنه يطأ فى ملكه، وإن كان الواطئ عبدًا وعليه المهر لأهل الوقف، لأنه وطئ جاريتهم فى غير ملك أشبه الأمة المطلقة، وتجب قيمته، لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكًا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبدًا يكون وقفًا وتعتبر قيمته يوم تضعه حيًا، لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك: وإن وطئها مكرهة أو طاوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة، والمهر لأهل الوقف، لأنه وطئ جارية غيره ويكون ولدها وقفًا معها، لأنه تبع لها.

كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف وههنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم، إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قال الشافعى، وعن أحمد رواية أخرى: أنه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف أبو جعفر، لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها، فإذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت إليهم كما لو نذر صدقة مطلقة، وعن أحمد رواية ثالثة: أنه يجعل فى بيت مال المسلمين، لأنه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له، وقال أبو يوسف: يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول: صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان، فإذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين، لأنه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ويفارق ما إذا قال: ينفق على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة.

ولنا: أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع إليه كما لو أعتق عبدًا، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبى ﷺ: «صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقة وصلة»[١٣] وقال: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[١٤] ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات، كذلك صدقته المنقولة، إذا ثبت هذا فإنه فى ظاهر كلام الخرقى وظاهر كلام أحمد: يكون للفقراء منهم والأغنياء، لأن الوقف لا يختص

24- مسألة: (وإن تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلها).

سواء أتلفها أجنبى أو الواقف، كما لو أتلف غير الوقف، وإن أتلفه الموقوف عليه فعليه قيمته أيضًا يشترى بها مثله يقوم مقامه، لأنه لا يملك التصرف فى رقبته إنما له نفعه، ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبى بشبهة فأتت بولد ولا يلزمه قيمته إن أولدها لذلك.

25- مسألة: (وله تزويج الأمة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملكه).

يجوز للموقوف عليه تزويج الأمة الموقوفة، لأنه عقد على منفعتها أشبه الإجارة، ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها والمهر للموقوف عليه، لأنه بدل نفعها أشبه الأجرة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها، لأنه عقد على منفعتها فى العمر فيفضى إلى تفويت منفعتها فى حق البطن الثانى، ولأن النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها فى الليل على البطن الثانى، فإن طلبت التزويج وجب تزويجها، لأنه حق لها طلبته فتعينت الإجابة إليه، وما فات من الحق به يفوت تبعًا لإبقائها حقها فلا يكون مانعًا من تزويجها كغير الموقوفة إذا طابت ذلك

(١٣) انظر الحديث السابق.

(١٤) تقدم برقم (٢٥) مسألة رقم (٧٠٢) وسيأتى تخريجه فى الوصايا.

الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والأغنياء كذا ههنا، وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء، ولأنا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم، لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفًا، ولأن النبى ﷺ قال: «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفًا عليهم، نص عليه أحمد وذكره القاضى لأن الوقف يقتضى التأبيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء، لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ويحتمل كلام الخرقى أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه، فعلى هذا يكون كقول أبى يوسف، **والرواية الثانية**: يكون وقفًا على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصابات، فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث موليه فخصوا بهذا أيضًا، وهذا لا يقوى عندى فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون من بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا نعلم فيه نصًا ولا إجماعًا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالى، لأن علته لا تتحقق ههنا وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين، لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه،

وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها، لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة، ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها، لأنه من نمائها.

26- مسألة: (وإن جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون فى كسبه).

إذا جنى الوقف جناية موجبة للمال لم يتعلق أرشها برقبته، لأنه لا يمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه، لأنه ملكه تعذر تعلق أرشه برقبته، فكان على مالكه كجناية أم الولد، ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، فإن قلنا: إن الوقف لا يملك فالأرش فى كسبه، لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع، وبالموقوف عليه، لأنه لا يملكه فكان فى كسبه كالحر، ويحتمل أن يكون فى بيت المال كأرش جناية الحر المعسر.

قال شيخنا: وهذا احتمال ضعيف فإن الجناية إنما تكون فى بيت المال فى صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة، وإن كان الوقف على المساكين فينبغى أن يكون الأرض فى كسبه، لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه، ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين فى كسبه، ويحتمل أن يكون فى بيت المال، وإن جنى جناية توجب القصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على غيره، فإن قتل بطل الوقف فيه، وإن قطع كان باقيه وقفًا كما لو تلف بفعل الله تعالى.

فإن كان فى أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم، ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين فهى أيضًا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعى: يكون وقفًا على أقرب الناس إلى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء.

فصل: فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرفه إلى الفقراء والمساكين وقفًا عليهم، لأن القصد به الثواب الجارى عليه على وجه الدوام، وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم إلا على قول من قال: إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكًا لهم، فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال، لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثًا لا وارث له فكان بيت المال به أولى.

فصل: فإن قال: وقفت هذا، وسكت أو قال: صدقة موقوفة، ولم يذكر سبيله فلا نص فيه، وقال ابن حامد: يصح الوقف، قال القاضى: هو قياس قول أحمد فإنه قال فى النذر المطلق: ينعقد موجبًا لكفارة يمين، وهذا قول مالك والشافعى فى أحد قوليه، لأنه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلقه كالأضحية والوصية، ولو قال: وصيت بثلث مالى صح، وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه.

فصل: وإن وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه، مثل أن

فصل: وإن جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب، لأن ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه، فإن الحر يجب أرش الجناية عليه، فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها، لأنه لا يختص بها ويشترى مثل المجنى عليه يكون وقفًا، وقال بعض الشافعية: يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا: إنه يملك الموقوف، لأنها بدل ملكه.

ولنا: أنه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون، وبيان عدم الاختصاص ظاهر، فإنه يتعلق به حق البطن الثانى فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه، كما لو أتلف رجل رهنًا أخذت منه قيمته فجعلت رهنًا، ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وإن كانت الجناية عمدًا محضًا من مكافئ له فالظاهر أنه لا يجب القصاص، لأنه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعى: يكون ذلك إلى الإمام، فإن قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص، لأنه حق لا يشاركه فيه غيره، وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفا عنه وجب نصف قيمته، فإن أمكن أن يشترى بها عبد كامل وإلا اشترى شقص من عبد.

27- **مسألة: (وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى**

يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضًا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع وعدمه واحد، ويحتمل أن لا يصح الوقف لأنه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة.

فصل: وإن كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول، فإن لم يذكر له ما لا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك إن جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه، لأنه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف ما لا يجوز وقفه، وإن جعل له ما لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة، وللشافعي فيه قولان كالوجهين، فإذا قلنا: يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه، لأننا لما صححنا الوقف مع اعتباره، وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين ففيه وجهان: **أحدهما:** أنه ينصرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه كالتي قبلها، ذكره أبو الخطاب، **الثاني:** أنه ينصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه، فإذا انقرض صرف إلى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره

الآخرين، فإذا ماتا رجع إلى المساكين) لأنه جعله لهم مشروطًا بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فإنه لا يصرف إلى المساكين شيء من الوقف إلا بعد انقراض الولد كذا ههنا.

فصل: قال ﷺ: **(ويرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة وفي الناظر فيه والإيقاف عليه وسائر أحواله).**

لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه، ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة، مثل أن يقول: من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك، أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له، أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له، وكذلك إن وقف على أولاده على أن للأنثى سهمًا وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس، أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك، أو عين بالتفضيل واحدًا معينًا أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ما شرط، وقد روى هشام بن عروة: أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فإن استغنت

القاضى وابن عقيل، لأن الواقف إنما جعله وقفًا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه فإنه تعذر اعتباره، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: وإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل أن يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج فى صحة الوقف وجهان، كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فإن لمْ يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة، وإن أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى؟ على وجهين كما تقدم، وإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج فى صحته أيضًا وجهان ومصرفه بعد من يجوز إلى مصرف الوقف المنقطع.

٩٢٤- مسألة: قال: **(ومن وقف فى مرضه الذى مات فيه أو قال هو وقف بعد موتى ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث إلا أن تجيز الورثة)**.

وجملته أن الوقف فى مرض الموت بمنزلة الوصية فى اعتباره من ثلث المال، ثلث المال لأنه تبرع فاعتبر فى مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة، وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم، ما زاد على الثلث لزم الوقف منه فى قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة، لا نعلم فى هذا خلافًا عند القائلين بلزوم الوقف، وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال

بزوج فلا حق لها فى الوقف، وليس هذا تعليقًا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة، وكل هذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافًا.

28- مسألة: (فإن لم يشرط ناظرًا فالنظر للموقوف عليه، وقيل: للحاكم ينفق عليه من غلته).

النظر فى الوقف لمن شرطه الواقف، لأن عمر ﷺ جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهلها، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر، فإن جعل النظر لنفسه جاز، وإن جعله إلى غيره صح، فإن لم يجعله إلى أحد أو جعله لإنسان فمات فالنظر للموقوف عليه، لأنه ملكه يختص بنفعه فكان نظره إليه كملكه المطلق، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم، اختاره ابن أبى موسى، قال شيخنا: ويحتمل أن يكون ذلك مبنيًا على أن الملك فيه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى، فإن قلنا: هو للموقوف عليه فالنظر له فيه، لأنه يملك عينه ونفعه، وإن قلنا: هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه إلى مصارفه، لأنه مال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين، فأما الوقف المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم، لأنه ليس له مالك معين ينظر فيه، وللحاكم أن يستنيب فيه، لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه.

بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق، فأما إذا قال: هو وقف بعد موتى، فظاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، وقال القاضى: لا يصح هذا، لأنه تعليق للوقف على شرط، وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط فى حياته، وحمل كلام الخرقى على أنه قال: قفوا بعد موتى فيكون وصية بالوقف لا إيقافًا، وقال أبو الخطاب قول الخرقى هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط.

ولنا: على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الإمام أحمد ﷺ أن عمر وصى فكان فى وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا صدقة... وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع[(١٥)]، ورواه أبو داود بنحو من هذا، وهذا نص فى مسألتنا، ووقفه هذا كان بأمر النبى ﷺ، لأنه اشتهر فى الصحابة فلم ينكر فكان إجماعًا ولأن هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف، ويفارق هذا التعليق على شرط فى الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما، وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف فى الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط.

فصل: ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبيس(*) أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبى ونحو ذلك، ولا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة، وسوّى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط فى الحياة، ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا.

فصل: ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه، أو كان واحدًا مكلفًا رشيدًا فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة، عدلاً أو فاسقًا، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك فى هذه الأحوال كملكه المطلق، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظًا لأصل الوقف عن البيع والتضييع، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل إنسان فى حصته، فإن كان الموقوف عليه صغيرًا أو مجنونًا أو سفيهًا قام وليه فى النظر مقامه كملكه المطلق، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجز أن يكون إلا أمينًا، فإن لم يكن أمينًا لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيلت يده، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق ضم إليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده، لأنه أمكن الجمع بين الحقين، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق،

(١٥) تقدم برقم (١١).

(*) فى المطبوعة: حَبْسٌ.

فصل: وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله: دارى وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح فى أحد الوجهين، لأنه ينافى مقتضى الوقف، فإن مقتضاه التأبيد، وفى الآخر يصح، لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء، فإن حكمنا بصحته هٰهنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء.

فصل: وإن قال هذا وقف على ولدى سنة ثم على المساكين صح، وكذلك إن قال هذا وقف على ولدى مدى حياتى ثم هو بعد موتى للمساكين، صح، لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وإن قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح، ويكون وقفًا على المساكين ويلغى قوله على أولادى لأن المساكين لا انقراض لهم.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد فى الوقف فى مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة، قال أحمد فى رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بأرض توقف عليهم فقال: إن لم يرثوه فجائز، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم فى المرض اختاره أبو حفص العكبرى وابن عقيل وهو مذهب الشافعى، **الرواية الثانية**: يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال فى رواية جماعة منهم الميمونى: يجوز للرجل أن يقف فى مرضه على ورثته، فقيل له: أليس تذهب أنه لا وصية لوارث(١٦)؟ فقال: نعم والوقف غيرالوصية، لأنه لا يباع ولا يورث ولايصير ملكًا للوارثة ينتفعون بغلته، وقال فى رواية أحمد بن الحسن فإنه صرح فى مسألته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال: جائز، قال الخبرى(١٧)، وأجاز هذا الأكثرون واحتج أحمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال:

وينعزل إذا فسق، لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فإن يده تزال، لأن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه.

فصل: ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف، لأنه لما اتبع شرطه فى مصرفه وجب اتباعه فى نفقته، فإن لم يكن شرط فمن غلته، لأن الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه فهو من ضرورته، وكذلك عمارة الوقف قياسًا على نفقته، فإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه، لأنه ملكه ويحتمل وجوبها فى بيت المال ويجوز بيعه على ما نذكره.

---

(١٦) ذكره البخارى فى ترجمته للباب (٥/ ص٤٣٨/ ريان) وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٧٠) والترمذى (٢٢٢٠، ٢٢٢١) والنسائى (٦/ ٣٦٤٤، ٣٦٤٥) وابن ماجه (٢/ ٢٧١٢) وأحمد فى مسنده (٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨) (٥/ ٢٦٧) والحديث إسناده صحيح.

(١٧) الخبرى: هو: أبو حكيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبرى، فقيه شافعى، يكتب الخط الحسن. كان ينسخ فى مصحف فوضع القلم، وقال: إن هذا لموت مهنأ طيب ثم مات وذلك فى ذى الحجة سنة ست وسبعين وأربعمائة، سير أعلام النبلاء (١٨/ ٥٥٨).

هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغًا صدقه والعبد الذى فيه والسهم الذى بخيبر ورقيقه الذى فيه والمائة وسق الذى أطعمنى محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى منْ أهله، لا يباع ولا يشترى، ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقًا، رواه أبو داود[١٨]، بنحو من هذا، فالحجة أنه جعل لحفصة أن تلى وقفه وتأكل منه وتشترى رقيقًا، قال الميمونى: قلت لأحمد إنما أمر النبى ﷺ بالإيقاف وليس فى الحديث الوارث قال: فإذا كان النبى ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعًا ولأن الوقف ليس فى معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث.

ولنا: أنه تخصيص لبعض الورثة بماله فى مرضه فمنع منه كالهبات، ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز بالمنفعة كالأجنبى فيما زاد على الثلث، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو فى تخصيص بعضهم، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفًا عليها فلا يكون ذلك واردًا فى محل النزاع، وكونه انتفاعًا بالغلة لا يقتضى جواز التخصيص بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذى ذكرنا.

فصل: فإن وقف داره وهى تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين فى مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم، لأنه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فبنصفها أولى، وعلى الرواية التى نصرناها إن أجاز الابن ذلك جاز، وإن لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس، ويرجع إلى الابن ملكًا فيكون له النصف وقفًا والسدس ملكًا مطلقًا والثلث للبنت جميعه وقفًا ويحتمل أن يبطل الوقف فى نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفًا ونصفها للابن وربعها للبنت، والربع الذى بطل الوقف فيه بينهما أثلاثًا للابن ثلثاه، وللبنت ثلثه، وتصح المسألة من اثنى عشر، للابن

29- مسألة: (وإن وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والإناث والحبالى بالسوية).

وكذلك إن قال: وقفت على أولادى أو على ولد فلان، لأنه شرك بينهم، وإطلاق التشريك يقتضى التسوية، كما لو أقر لهم بشىء، وكولد الأم فى الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى الثُّلُثِ﴾ (النساء: ١٢) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض، وليس كذلك فى ميراث ولد الأبوين وولد الأب، فإن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: ١٧٦) ولا نعلم فى هذا خلافًا.

---

(١٨) تقدم برقم (١١).

ستة أسـهم وقفًا وسهـمان ملكًا، وللبنت ثلاثة أسهم وقـفًا وسهم ملكًا، ولو وقفـها على ابنه وزوجتـه نصفـين وهى تخرج من الثلث فرد الابـن صح الوقف على الابن فى نصفـها وعلى المرأة فى ثمـنها وللابن إبطال الوقف فى ثلاثة أثمـانها، فـترجع إليه ملكًا عـلى الوجه الأول وعلى الوجه الثانى يصح الوقف على الابن فى نصفها وهو أربعة أسباغ نصيبه، ويرجع إليه فى حصته ملكًا ويصح الوقف فى أربعة أسباع الثـمن الذى للمرأة، وباقية يكون لها ملكًا فاضرب سبـعة فى ثمانيـة تكون ستة وخـمسين، للابن ثمـانية وعشرون وقـفًا واحد وعـشرون ملكًا،

30- مسألة: (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين؟ على روايتين) .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمـه الله فى ذلك فروى عنه ما يدل على أنه يكون وقفًا على أولاده وأولاد بنيه الذكـور والإناث ما لم تكن قـرينة تصرفه عـن ذلك دون أولاد البنات، قال المروذى: قلت لأبى عبد الله: ما تقول فى رجل وقف ضـيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال: كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فـالضيعة موقوفة عليهم، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شىء، لأنهم من رجل آخر، ووجه ذلك أن الله تعالى لما قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ﴾ (النساء: ١١) دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا، ولما قال: ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ (النساء: ١١) تناول ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمى إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولأن ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ و ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ وقال النبى ﷺ: «ارموا يا بنى إسماعيـل فإن أباكم كان راميًا»[9] وقال «نحن بنو النـضر بن كنانة»[10] ولأنه لو وقف على ولد فـلان وهم قبـيلة دخل فيـه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبـيلة، **والرواية الثـانية:** لا يدخل فيه ولد الولد بحال سـواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات، اختاره القاضى وأصحابه، لأن الولد حـقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلـبه، وإنما سمى ولد الولد ولدًا مجازًا، ولهذا يصح نفيه فيقال: ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى، فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف، لأنهم لم يدخلوا فى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ﴾ قال الشاعر:

بَنُـونَـا بَنُـو أَبْـنَـائِـنَـا وَبَنَـاتُـنَـا ... بَنُـوهُنَّ أَبْنَاءُ الـرِّجَـالِ الأَبَاعِـــدِ

فـصل: فإن قال: علىَ ولد ولدى لصلبى فهو آكد فى اختصاصه بالَولد دوَن ولَد الولد، وإن قال: على ولدى وولد ولدى ثم على المساكـين دخل فيه البطن الأول والثانى ولم يدخل فيـه البطن الثالث، وإن قـال: على ولْدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيـه ثلاث بطون دون من بعدهم، وموضع خلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف، مثل أن يقول: على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه، أو

(9) أخرجه البخارى فى «الجهاد» (٦/ ٢٨٩٩/ فتح) وهو متقدم تخريجه فى المغنى برقم (٧) مفصلاً.
(10) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٦١٢) وراجع رقم (٨) مغنى.

وللمرأة أربعة أسهم وقفًا وثلاثة ملكًا، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة فإن الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية، فإن اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان: **أحدهما**: أنه يبطل الوقف في التسع ويرجع إليه ملكًا فيصير له النصف وقفًا والتسع ملكًا، ويكون للبنت السدس والتسعان

قال: ويفضل الولد الأكبر أو الأفضل أو الأعلم على غيرهم، أو قال: فإذا خلت الأرض من عقبي عاد إلى المساكين، أو قال: على ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان، أو قال: يفضل البطن الأعلى على الثاني، أو قال: الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعقبته، فإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول: على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم، فإذا قلنا بتعميمهم إما بالقرينة وإما لقولنا: إن المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكًا ولا ترتيبًا احتمل أن يكون بين الجميع على التشريك، لأنهم دخلوا في اللفظ دخولاً واحدًا فوجب أن يشتركوا فيه كما لو أقر لهم بدين، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل، ولم يقل: إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد على بن إسماعيل وترك ولدًا، فقال: إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضًا، لأن هذا من ولد على بن إسماعيل فجعله لولد من مات من ولد على بن إسماعيل عند موت أبيه، وذلك لأن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ**﴾ (النساء: ١١) لم يستحق ولد البنين شيئًا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا، فأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال.

فصل: وإن رتب فقال: وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى والأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي، فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئًا حتى ينقرض البطن الأول كله، ومتى بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه، وإن قال: على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريًا عليه جاريًا على ولده كان دليلاً على الترتيب، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ولو جعلنا لولد الولد سهمًا مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم، وهذا ينافي التسوية، ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن، والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا، فإذا ثبت

وقفًا، لأن الابن إنما ملك إبطال الوقف فى ماله دون ما لغيره، **والوجه الثانى**: أن له إبطال الوقف فى السدس ويصير له النصف وقفًا والتسع ملكًا، وللبنت الثلث وقفًا ونصف التسع ملكًا لئلا تزداد البنت على الابن فى الوقف، وتصح المسألة فى هذا الوجه من ثمانية عشر، للابن تسعة وقفًا وسهمان ملكًا، وللبنت ستة أسهم وقفًا وسهم ملكًا، وقال أبو الخطاب: له إبطال الوقف فى الربع كله ويصير له النصف وقفًا والسدس ملكًا، ويكون للبنت الربع وقفًا ونصف السدس ملكًا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثنى عشر.

الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده، وإذا مات عن ولد انتقل إلى ولد سهمه، سواء بقى من البطن الأول أحد أو لم يبق.

فصل: وإن رتب بعضهم دون بعض فقال: وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم أو على أولادى ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا، أو قال: على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب، ففى المسألة الأولى يشترك الولد، وولد الولد، فإذا انقرضوا صار لمن بعدهم، وفى الثانية يختص به الولد، فإذا انقرضوا صار مشتركًا بين من بعدهما، وفى الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم.

فصل: فإن قال: وقفت على أولادى ثم على أولاد أولادى على أنه من مات من أولادى عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لإخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لأخوته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه، وإن قال: ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابنى أخيه بالتسوية، لأنهم أهل الوقف، فإن مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه، لأنهما أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه، لأنهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حيًا، فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالتسوية إن لم يخلف ولدًا، فإن خلف ابنًا واحدًا فله نصيب أبيه وهو النصف ولابنى عمه النصف بينهما نصفين، وإن قال: من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جاريًا عليه جاريًا على من هو فى درجته وكان الوقف مرتبًا بطنًا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه، وإن كان مشتركًا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف، لأنهم فى استحقاق الوقف سواء، فكانوا فى درجته من هذه الجهة، ولأننا لو صرفنا نصيبه إلى بعضهم أفضى إلى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضى التسوية، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه، لأنه لو سكت عنه كان الحكم كذلك، ويحتمل أن

٩٢٥- **مسألة:** قال: (**وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئًا بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفًا كالأول وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد**).

وجملة ذلك: أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتًا، ولم تكن عمارتها أو مسجدًا انتقل أهل القرية عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة

يعود نصيبه إلى سائر البطن الذى هو منه، لأنهم فى درجته فى القرب إلى الحد الذى يجمعهم ويستوى فى ذلك إخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه، لأنهم سواء فى القرب، ولأننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم فى نصيبه لم يكن فى هذا الشرط فائدة، والظاهر أنه قصد سببًا يفيد، فعلى هذا إن لم يكون فى درجته أحد بطل هذا الشرط، وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من فى درجته ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه، سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون، وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل، **والثانى:** أن يكون لأهل بطنه، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابنًا لعمه الحى، فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه، **والثالث:** أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون على هذا أخيه وابن عمه الذى مات أبوه، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شىء، لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم.

فصل: وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده، وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط، وكذلك إن كان بنون وبنات فقال: من مات من الذكور فنصيبه لولده، ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال، وإن قال: على أولادى على أن يصرف إلى البنات منه ألف والباقى للبنين لم يستحق البنون شيئًا حتى يستوفى البنات الألف، لأنه جعل للبنات مسمًّى وجعل للبنين الفاضل عنه، والحكم فيه على ما قال، لأنه جعل البنات كذوى الفروض وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوى الفروض.

فصل: فإن كان له ثلاثة بنين فقال: وقفت على ولدى فلان وفلان وعلى ولد ولدى كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث ولا شىء للثالث، وقال القاضى:

بعضـه إلا ببيع بعضه جـاز بيع بعضه لتـعمر به بقـيته، وإن لم يمكن الانتـفاع بشيء منه بيع جميعه، قـال أحمد في رواية أبي داود: إذا كان في المسجد خشـبتان لهما قيمة جـاز بيعهما وصرف ثمنهمـا عليه، وقال في رواية صالح: يحـول المسجد خوفًـا من اللصوص، وإذا كان موضـعه قذرًا قـال القاضي: يعني: إذا كان ذلك يمنـع من الصلاة فيـه ونص على جواز بيع عرصتـه في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمـام، قال أبو بكر: وقد روى على

يدخل الثالث في الوقف، وذكر أن أحـمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضـيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غـير هؤلاء قال: يشتركـون في الوقف، واحتج القاضي بأن قوله: ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع، وقوله: فلان وفلان تأكيد لبعضهم ولا يوجب إخراج بقـيتـهم كالعـطـف فـي قوله: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾ (البقرة: ٩٨) .

ولنا: أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المـتناول للجميع فاختـص بالبعض المبدل كـما لو قال: على ولدي فلان، وذلك لأن بدل البـعض يوجب اختصاص الحكم به كـقول الله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ (آل عمـران: ٩٧) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به، ولو قال: ضربت زيدًا رأسـه أو رأيت زيدًا وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قـول القائل: طرحت الثيـاب بعضها فـوق بعض، فإن الفوقيـة تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول، كذا ههنا وفارق العطف فإن عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه، وكلام أحمـد: هم شركاء، ويحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقـف فيهم، ويتعين حمل كلام عليه لقيام الدليل عليه، ولو قال: على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا، قـال شيخنا: ويحتـمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لأننا قد ذكـرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله: وقفت على ولد ولدي، يتناول نسله وعاقبته كلها.

فصل: ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله حمل لم يستحق شيئًا قبل انفصاله ، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلاً على قـوم وما توالدوا ثـم ولد مولود، فـإن كانـت النخل قد أبرت فلـيس له فيـه شيء وهي للأول، وإن لم تكن قد أبرت فـهو معـهم، وإنما قال ذلك لأنهـا قبل التأبيـر تتبع الأصل في البيع، وهذا الموجود يسـتحق نصيبه من الأصل فتتـبعه حصته من الثمرة كـما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التـأبير لا تتبع الأصل ويستحقـها من كان له الأصل فكانت للأول، لأن الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها، ولم يستحق المولود منها شيئًا كالمشتري، وهكذا الحكم في سائر الثمر الظاهر على الشجر لا يستحق المولود منها شيئًا ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وإن كان الوقف أرضًا فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول، وإن

ابن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال: وبالقول الأول أقول، لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعنى: الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر مثل أن تدور فى الرحى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة فى نتاجها أو حصانًا يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو، نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه، لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه، وقال مالك والشافعى: لا يجوز بيع شىء من ذلك لقول الرسول الله ﷺ: «لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث»[١٩] ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق.

ولنا: ما روى أن عمر ﷺ كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذى بالكوفة

كان مما يستحقه المشترى فللمولود حصته منه، لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشترى فيه.

31- مسألة: (وإن وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بغير خلاف علمناه).

وأما ولد البنات فقال الخرقى: لا يدخلون فيه، وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شىء، فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصودًا فيمن وقف على ولده، ولم يذكر ولد ولده، وممن قال: لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن، وكذلك إذا قال: على ذريته ونسله، وروى عن أحمد أنهم يدخلون فى الوصية، وذهب إليه بعض أصحابنا، وهذا مثله، وقال أبو بكر وابن حامد: يدخل فيه ولد البنات، وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف، لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا فى اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى ﴿وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ﴾ (الأنعام: ٨٤، ٨٥) إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ وهو ولد بنته فجعله من ذريته، ولذلك ذكر الله تعالى قصة إبراهيم وعيسى وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال: ﴿أُولَٰئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِن ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ﴾ (مريم: ٥٨) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) دخل فى التحريم حلائل أبناء البنات، وقال النبى ﷺ للحسن: «إن ابنى هذا سيد»[11] ووجه الرواية الأولى أنهم لم يدخلوا فى قول الله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ ولأنه لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد

---

(١٩) تقدم برقم (١).

(11) أخرجه البخارى فى الصلح (٥/ ٢٧٠٤ فتح) وراجعه برقم (٩) مغنى.

انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد فإنه لن يزال فى المسجد مصل، وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعًا، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها وقبلها غيره، قال ابن عقيل: الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطله تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدى إذا عطب فى السفر فإنه يذبح فى الحال، وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره، لأن مراعاته مع تعذره تفضى إلى فوات الانتفاع بالكلية، وهكذا الوقف المعطل المنافع.

البنين دون ولد البنات، وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة، لأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر:

بَنُونا بَنُو أَبْنَائِنَا وبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

وقولهم: إنهم أولاد أولاده حقيقة قلنا: لأنهم ينتسبون إلى الواقف عرفًا، وكذلك لو قال: أولاد أولادى المنتسبين إلىَّ لم يدخلوا فى الوقف، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمى ليس بهاشمى ولا ينتسب إلى أبيها، وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب إليه فنسب إلى الله، وقول النبى ﷺ للحسن: «إن ابنى هذا سيد» مجاز بالاتفاق بدليل قول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ﴾ (الأحزاب: ٤٠) والقول: بأنهم يدخلون يصح وأقوى دليلاً، لأنهم أولاد أولاده حقيقة، فأما قياسهم على ما إذا كانوا قبيلة فيفارق ما إذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة، لأنه لو وقف على بنى فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما إذا وقف على بنى إنسان حى أو ميت وليسوا قبيلة، وقياسهم على ما إذا قال: وقفت على ولد ولدى المنتسبين إلىَّ لا يصح، لأنهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون، وباقى الأدلة ضعيفة جدًا.

32- مسألة: (فإن قال: على ولد ولدي لصلبى أو المنتسبين إلى لم يدخل ولد البنات).

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأمرين، فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه، فلو قال: على أولادى وأولاد أولادى على أن لولد البنات سهمًا ولولد البنين سهمين، أو قال: فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلى من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلوا فى الوقف، وإن قال: على أولادى وأولاد أولادى المنتسبين أو غير ذوى الأرحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وإن قال: على ولدى فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك إن قال: على أن من مات منهم

ولنا: على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أن الوقف إذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التى كانت الأولى تصرف فيها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظه عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به.

فصل: وإذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به فى شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن، نص عليه أحمد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق.

فصل: وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه، لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع، وإن قل ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ فى قلة النفع إلى حد لا يعد نفعًا فيكون وجود ذلك كالعدم.

فصل: قال أحمد فى رواية أبى داود فى مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر إلى قول أكثرهم، واختلف أصحابنا فى تأويل

عن ولد فنصيبه لولده وإن قال الهاشمى: وقفت على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين لم يدخل فى الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمى، فأما من كان هاشميًا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين: **أولهما:** أنهم يدخلون، لأنه اجتمع فيهم الصفتان جميعًا: كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين، **والثانى:** لا يدخلون، لأنهم لم يدخلوا فى مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل: الهاشميين، وإن قال: على أولادى وأولاد أولادى ممن ينتسب إلى قبيلتى فكذلك.

فصل: والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقال القاضى: المستحب التسوية بين الذكر والأنثى، لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا فى القرابة.

ولنا أنه إيصال للمال إليهم فينبغى أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية، ولأن الذكر فى مظنة الحاجة أكثر من الأنثى، لأن كل واحد منهما فى العادة ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده، والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى فى الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به، ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلات وما ذكره القاضى لا أصل له وهو ملغى بالميراث والعطية، وإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على

كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا فى مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء، واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً، لأن مآله إليه أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت، وذهب القاضى إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به، والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه فى ذلك، ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً فى موضع آخر، وقال أحمد فى رواية بكر بن محمد عن أبيه فى مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص فى نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة.

فصل: ولا يجوز أن يغرس فى المسجد شجرة، نص عليه أحمد، وقال: إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز، وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بنى لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة فى موضعها ويسقط ورقها فى المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول فى المسجد وربما اجتمع الصبيان فى المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها، فأما إن كانت النخلة فى أرض فجعلها صاحبها مسجداً

بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض، فقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعنى فلا بأس به، ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلبه، أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس، وقد دل على ذلك أن أبا بكر ﷺ نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده، وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به، عبد الله، عمرُ أمير المؤمنين، إن حدث به حدث أن ثمغاً وصرمة بن الأكوع العبد الذى فيه والمائة سهم التى بخيبر ورقيقه الذى فيه الذى أطعمه محمد ﷺ بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوى القربى، لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه، رواه أبو داود[12] فيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها.

33- مسألة: (وإن وقف على بنيه أو بنى فلان فهو للذكور خاصة دون الأناثى والخناثى عند الجمهور).

وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى، وقال الحسن وإسحاق وأبو ثور: هو للذكر والأنثى

---

(12) تقدم برقم 6.

والنخلة فيها فلا بأس، قال أحمد فى موضع لا بأس يعنى أن يبيعها من الجيران، وقال فى رواية أبى طالب فى النبقة: لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها، وذلك ـ والله أعلم ـ لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجدًا والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذى لم يعين له مصرف وقد ذكرنا فيه فى إحدى الروايات أنه للمساكين، فأما إن قال صاحبها: هذه وقف على المسجد فينبغى أن يباع ثمرها ويصرف إليه كما لو وقفها على المسجد وهى فى غيره، قال أبو الخطاب: عندى أن المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها فى عمارته، قال: وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه.

جميعًا، لأنه لو وقف على بنى فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والأنثى، وقال الثورى: إن كانوا ذكورًا وإناثًا فهو بينهم، وإن كن بنات لا ذكر معهن فلا شىء لهن، لأنه متى اجتمع الذكور والإناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الإناث كلفظ المسلمين.

ولنا: أن لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى: ﴿أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ﴾ (الصافات: ١٥٣) وقال تعالى: ﴿أَمِ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُم بِالْبَنِينَ﴾ (الزخرف: ١٦) وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ (آل عمران: ١٤) وقال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ (الكهف: ٤٦) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال ﴿وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُم مَّا يَشْتَهُونَ﴾ (النحل: ٥٧) وإنما دخلوا فى الاسم إذا صاروا قبيلة، لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف ولهذا تقول المرأة: أنا من بنى فلان إذا انتسبت إلى القبيلة ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها، فأما إن وقف على بناته أو وصى لهن دخل فيه البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لأنه لا يعلم كونه أنثى لا نعلم فى ذلك خلافًا.

34- مسألة: إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم، أما إذا وقف على بنى فلان أو ولد فلان وهم قبيلة كبنى هاشم وتميم فإن يدخل فيه الذكر والأنثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم، لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها وأنثاها، قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾، ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ يريد الجميع، وروى أن جوارى بنى النجار قلن: نحن جوار من بنى النجار يا حبذا محمد من جار، ويقال امرأة من بنى هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم، لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة.

35- مسألة: (وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه، لأن النبى ﷺ لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذوى القربى).

وجملة ذلك أن الرجل إذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف إلى الذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوى فيه الذكر والأنثى ولا ينصرف إلى من هو أبعد

فصل: وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج إليه جاز أن يجعل فى مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم، وكذلك إن فضل من قصبه أو شىء من نقضه، قال أحمد فى مسجد بنى فبقى من خشبه أو قصبه أو شىء من نقضه فقال: يعان به مسجد آخر أو كما قال، وقال المروذى: سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد إذا فضل منه الشىء أو الخشبة قال: يتصدق به، ورأى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تحرقت تصدق بها، وقال فى موضع آخر: قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة.

منهم شىء، لأن الله تعالى لما قال: ﴿**مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ**﴾ (الحشر: ٧) يعنى: قربى النبى ﷺ أعطى النبى ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم، ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس وبنى نوفل شيئًا إلا أنه أعطى بنى المطلب بن عبد مناف وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بنى هاشم فى جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئًا ولم يعط منهم إلا مسلمًا فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ويستوى بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم، لأن اللفظ يشملهم، وبين الكبير والصغير والغنى والفقير لذلك، ولا يدخل فيه الكفار، لأنهم لم يدخلوا فى المستحق من قربى النبى ﷺ، وهذا اختيار الخرقى، وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمة إن كان يصلهم فى حياته كإخوته من أمه وأخواله وخالاته، وإن كان لا يصلهم فى حياته لم يعطوا شيئًا، لأن صلته إياهم فى حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه.

وعنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبى موسى فى الإرشاد، وهى تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذى ذكرناه، فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى، وهذا مذهب الشافعى، لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون فى عمومه، وإعطاء النبى ﷺ بعض قرابته تخصيصًا لا يمنع من العمل بالعموم فى غير هذا الموضع، وقال أبو حنيفة: قرابته كل ذى رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعدًا، فإذا كان له عم وخالان أعطى عمه النصف وخاليه النصف، هكذا روى عنه فيما إذا أوصى لقرابته، وقال قتادة: للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث، وهو قول الحسن، قال: ويزاد الأقرب بعض الزيادة، وقال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

ولنا: أن هذا له عرف فى الشرع وهو ما ذكرناه، فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوى كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم فإن اسم القرابة يقع على غيرهم عرفًا وشرعًا، وقد يحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وخاله وهن من أقاربه، وما ذكروه من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير إليه تحكم، فأما إن كان لفظه ما يدل على إرادة قرابة أمه كقوله:

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمة أن شيبة بن عثمان الحجبى جاء إلى عائشة ﵂ فقال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آبارًا فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب، قالت عائشة: بئس ما صنعت ولم تصب، إن ثياب الكعبة إذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها فى سبيل الله والمساكين، فكان شيبة يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة، وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعًا، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع.

وتفضل قرابتى من جهة أبى على قرابتى من جهة أمى، أو قوله: إلا ابن خالتى فلانًا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة، لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره.

36- **مسألة: (وأهل بيته بمنزلة قرابته، وقال الخرقى: يعطى من قبل أبيه وأمه)**.

المنصوص عن أحمد رحمه الله أن أهل بيته بمنزلة قرابته فإنه قال فى رواية عبد الله: إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته فهو بمثابة قوله: لقرابتى، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال: قال أحمد: قال النبى ﷺ: «لا تحل الصدقة لى ولأهل بيتى» فجعل سهم ذوى القربى لهم عوضًا عن الصدقة التى حرمت عليهم، فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة، وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبى ﷺ قال: «أذكركم الله فى أهل بيتى»(13) قال: قلنا: من أهل بيته نساؤه؟ قال: لا، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده: آل على وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس، قال القاضى: قال ثعلب: أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوى فيه الذكور والإناث، وذكر القاضى أن أولاد الرجل لا يدخلون فى اسم القرأبة، ولا أهل بيته، وليس هذا بشىء، فإن ولد النبى ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذى القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبى ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها: «اللهم هؤلاء أهل بيتى فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرًا»(14) ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه وولده بغير خلاف علمناه، والخرقى قد عدهم فى القرابة بقوله: لا يجاوز به أربعة، لأن النبى ﷺ لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذوى القربى، فجعل هاشمًا الأب

---

(13) أخرجه مسلم (٤/ فضائل الصحابة/ ٣٦/ ١٨٧٣) والدارمى (٢/ ٣٣١٦) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٦٧) والبيهقى فى السنن (٢/ ١٤٨) (٧/ ٣١) (١٠/ ١١٤).

(14) أخرجه مسلم (٤/ فضائل الصحابة/ ٣٢/ ١٨٧١) من حديث سعد بن أبى وقاص الطويل، وفى آخره: «اللهم هؤلاء أهل بيتى» كما أخرجه أحمد فى مسنده (١/ ١٨٥) بلفظ مسلم، والترمذى بلفظ المصنف (٥/ ٣٨٧١) وأحمد فى مسنده (٦/ ٢٩٢، ٢٩٨، ٣٠٤).

فـصل: إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب، سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره، فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفًا، كما لو تلف بفعل الله تعالى، وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن تعلقها برقبته، لأنه لا يمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه، لأنه ملكه تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، وإن قلنا: الوقف لا يملك فالأرش فى كسبه لأنه تعذر تعلقه برفبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه، لأنه لا يملكه فكان فى كسبه كالحر يكون فى ماله ويحتمل أن يكون فى بيت المال كأرش جناية الحر المعسر، وهذا احتمال ضعيف جدًا فإن الجناية إنما تكون فى بيت المال فى صورة تحملها العاقلة عند عدمها، وجناية العبد لا تحملها العاقلة، وإن كان الوقف على المساكين فينبغى أن يكون الأرش فى كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين فى كسبه ويحتمل أن يجب فى بيت المال.

فصل: وإن جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب، لأن ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه، فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لأنه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفًا، وقال بعض الشافعية: يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا: إنه يملك الموقوف لأنه بدل ملكه.

ولنا: أنه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم

الرابع ولا يكون رابعًا إلا أن يعد النبى ﷺ أبا، لأن هاشمًا إنما هو رابع النبى ﷺ، ووجه قول الخرقى: إن أمه من أهل بيته فكذلك أقاربها من أولادها وأبويها وإخوتها وأخواتها.

37- **مسألة: (وقومه ونسباؤه كقرابته لأن قوم الرجل قبيلته وهم نساؤه).**

قال الشاعر:

فقلت لها أما رفيقى فقومه ... تميم وأما أسرتى فيمان

وقال أبو بكر: هو بمثابة أهل بيته لأن أهل بيته أقاربه، وأقاربه قومه ونسباؤه، وقال القاضى: إذا قال: لرحمى أو لأرحامى أو لنسبائى أو لمناسبى صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم فى حال من الأحوال، قال شيخنا: وقول أبى بكر فى المناسبين أولى من قول القاضى، لأن ذلك فى العرف على من كان من العشيرة التى ينتسبان إليها، وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له.

فـصل: وآله مثل قرابته، فإن فى بعض ألفاظ حديث زيد بن أرقم: من آل رسول الله ﷺ؟ قال: أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده، آل على وآل عباس وآل جعفر وآل

الاختصاص ظاهر، فإنه يتعلق به حق البطن الثانى فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه، كما لو أتلف رجل رهنًا أخذت منه قيمته فجعلت رهنًا، ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وإن كانت الجناية عمدًا محضًا من مكافئ له فالظاهر أنه لا يجب القصاص، لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعى: يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه، لأنه لا يشاركه فيه غيره، وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفى عنه وجب نصف قيمته، فإن أمكن أن يشترى بها عبد كامل وإلا اشترى بها شقص من عبد.

فصل: ويجوز تزويج الأمة الموقوفة، لأنه عقد على منفعتها أشبه الإجارة، ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها ووليها الموقوف عليه، لأنها ملكه والمهر له، لأنه بدل نفعها، أشبه الأجر فى الإجارة، ويحتمل أن لا يجوز

عقيل، والأصل فى آل: أهل، فقلبت الهاء همزة كما قالوا: هرقت الماء وأرقته ومدت لئلا يجتمع همزتان.

38- مسألة: (والعترة هم العشيرة والأدنون فى عرف الناس وولده الذكور والإناث وإن سلفوا).

فسره ابن قتيبة وقد توقف أحمد فى ذلك، وقال ثعلب وابن الأعرابى: العترة الأولاد وأولاد الأولاد، ولم يدخلا فى ذلك العشيرة، والأول أصح وأشهر فى عرف الناس، ووجه الأول قول أبى بكر ﷺ فى محفل من أصحاب رسول الله ﷺ: نحن عترة رسول الله ﷺ وبيضته التى تفقأت عنه فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه.

39- مسألة: (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات).

قال القاضى: ينصرف إلى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس وقد ذكرنا ذلك فى مسألة القوم والنسباء.

40- مسألة: (والأيامى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء).

ذكره أصحابنا، قال شيخنا: ويحتمل أن يختص اسم الأيامى النساء اللاتى لا أزواج لهن، قال الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ (النور: ٣٢) وفى الحديث: «أعوذ بالله من بوار الأيِّم»(15) ووجه الأول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال: آمت حفصة بنت عمر من زوجها وأم عثمان من رقية.

---

(15) ذكره ابن منظور فى اللسان (١٢/ ٤٠) بلفظ: «أن النبى ﷺ كان يتعوذ من الأيمة والقيمة». **الأيم:** هى التى يموت زوجها، أو تبين منه وتنقضى عدتها وأكثر ما تطلق على من مات زوجها، وقال ابن بطال: تطلق العرب على كل امرأة لا زوج لها وكل رجل لا امرأة له أيمًا.

تزويجها لأنه عقد على نفعها فى العمر، فيفضى إلى تفويت نفعها فى حق البطن الثانى، ولأن النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها فى الليل على البطن الثانى إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها، لأنه حق لها طلبته فتتعين الإجابة إليه، وما فات من الحق به فات تبعًا لإيفائها حقها فوجب ذلك، كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك، وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها، لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة، وإن أكراها أجنبى فوطئها أو طاوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه المهر لأهل الوقف، لأنه وطئ جارية غيره أشبه الأمة المطلقة وولدها يكون وقفًا معها، وإن وطئها بشبهة يعتقدها حرة فالولد حر، ولو كان الواطئ عبدًا، وتجب قيمته، لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكًا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبد يكون رقيقًا وتعتبر قيمته يوم تضعه حيًا لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك.

فصل: وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة، لأنَّا لا نأمن حبلها فتنقض أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ولأن ملكه ناقص، فإن وطئ فلا حد عليه للشبه، ولا مهر عليه، لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شيء على نفسه، والولد حر، لأنه من وطئ

قال الشاعر:

فَــإِنْ تَنْكِحِى أَنْـكِحْ وإِنْ تَتَــأَيَّمِى ... وإن كنـتُ أَفْنـى مِنْـكُمُ أَتَــأَيَّمُ(16)

وقول شيخنا أولى، لأن العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفى، ولأن قول النبى ﷺ: «أعوذ بالله من بوار الأيم» إنما أراد به النساء، وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، يقال: رجل عزب وامرأة عزبة، قال ثعلب: وإنما سمى عزبًا لانفراده ويحتمل أن يختص الأيامى بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال: امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أيمة، ولو كان الرجل مشاركًا لها لقيل: أيم وأيمة، مثل قائم وقائمة، ولأن العرف أن العزب يختص بالرجل.

41- مسألة: (فأما الأرامل فهن النساء اللاتى فارقهن أزواجهن بموت أو غيره).

قال أحمد فى رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لأرامل بنى فلان فقال: قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء، والذى يعرف من كلام الناس أن الأرامل النساء وقال الشعبى وإسحاق: هو للرجال والنساء وأنشد:

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟(*)

---

(16) البيت فى اللسان والشطر الثانى منه:

* بَدَا الـدَّهْرِ، مـا لم تنكحى أتـأيَّم *

(*) البيت فى اللسان (١١/ ٢٩٧) وبدايته «كلُّ» بدلاً من «هذى» وهو من قول جرير.

قال ابنَ منظور: يريد بذلك نفسه.

شبهة وعليه قيمة الولد يشترى بهـا عبد مكانه وتصير أم ولد، لأنه أحبلها بِحُرٍّ فى ملكه، فإذا مات عتقت ووجبت قيمتها فى تركتـه، لأنه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفًا مكانها، وإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لأنها غير مملوكة له.

فصل: وإن أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لأنه يتعلق به حق غيره، ولأن الوقف لازم فلا يمكن إبطاله، وإن كان نصف العبـد وقفًا ونصفه طلقًا فأعتق صاحب الـطلق لم يسرْ عتقه إلى الوقف لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى.

٩٢٦- مسألة: قـال: **(وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه).**

وجـملة ذلك: أن الوقف إذا كان شجـرًا فأثمر أو أرضًا فزرعـت وكان الوقف على قوم بأعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصـاب ففيه الزكاة، وبهذا قال مالك والشافعى، وروى عن طاوس ومكحول: لا زكاة فيه، لأن الأرض ليست مملوكة له فلم تجب عليهم زكاة فى الخارج منها كالمساكين.

ولنا: أنه استـغل من أرضه أو شجرة نصـابًا فلزمته زكاته كـغير الوقف يحقـقه أن الوقف الأصل والثمرة طلق والملك فيـها تام له التصرف فيها بجميع التـصرفات، وتورث عنه فتجب

وقال آخر:

أحب أن اصطاد ضـبّـا سـحـبـلا رعى الربيـع والشـتـــاء أرمـلا (*)

ووجه الأول أن المـعروف من كـلام الناس أنه للنساء فـلا يحمل اللفظ إلا عـليه، ولأن الأرامل جمع أرملة فـلا يكون جمـعًا للذكر، لأن مـا يختلف لفظ الذكـر والأنثى فى واحده يختلف فى جـمعه، وقـد أنكر ابن الأنبارى على قائل القـول الأول وخطأه فيه والشـعر الذى احتج به حجة عليـه فإنه لو كان لفظ الأرامل يشمل الذكر والأنثى لقال حـاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر والأنثى ثم رد عليه ضـمير غلب فيه لفظ التذكير وضميـره فلما رد الضمير على الإناث علم أنـه موضوع لهن على الانفراد وسمى نفـسه أرملاً تجوزًا وتشبـيهًا بهن، ولذلك وصف نفـسه بأنه ذكر، وكذلك الشعـر الآخر، ويدل على إرادة المجـاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النسـاء ولا يسمى به فى العرف غـيرهن، وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن، ثم لو ثبت أنه فى الحقيقة للنساء والرجال، لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركت الحقيقة حـتى صارت مهجورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الألفاظ العرفية.

(*)البيت فى اللسان، ويقول ابن جنى بعده: قلما يستعـمل الأرمل فى المذكر إلا على التشبيه والمغالطة. «اللسان/ رمل».

فيها الزكاة كالحاصلة من أرض مستأجرة له، وقولهم: إن الأرض غير مملوكة له ممنوع، وإن سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها، ويكفى ذلك فى وجوب الزكاة بدليل الأرض المستأجرة، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل فى أيديهم سواء حصل فى يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل، ولا زكاة عليهم قبل تفريقها، وإن بلغت نصبًا، لأن الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم، بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع إلى غيره وإنما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض، لما أعطيه من غلته ملكًا مستأنفًا، فلم تجب عليه فيه زكاة كالذى يدفع إليه من الزكاة، وكما لو وهبه أو اشتراه، وفارق الوقف على قوم بأعيانهم، فإنه يعين لكل واحد منهم حق فى نفع الأرض وغلتها، ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه.

فصل: ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبنى هاشم وبنى تميم وبنى وائل ونحوهم، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم فى غير المساكين وأشباههم، لأن هذا تصرف فى حق الآدمى، فلم يصح مع الجهلة كما لو قال: وقفت على قوم.

ولنا: أن من صح الوقف عليه إذا كان عدده محصيًا صح وإن لم يكن محصيًا كالفقراء

فصل: وإن وقف على أخواته فهو للإناث خاصة، وإن وقف على إخوته دخل فيه الذكر والأنثى جميعًا، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاءً﴾ (النساء: ١٧٦) وقال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ (النساء: ١١) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والأنثى، وإن قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الإخوة لا يشمل الذكر والأنثى، لأنهم إخوة أبيه، وإن قال لبنى إخوته أو لبنى عمه فهو للذكور دون الإناث إذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والأنثى سوى هذا اللفظ وبنو الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد، فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ البنين دل على إرادة الذكور، ولأن لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ولفظ بنى الإخوة والعم يشبه بنى فلان وقد دللنا عليهما والحكم فى تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنى العم والإخوة حكم ما ذكرنا فى ولد الولد مع القرينة وعدمها فى المسائل المتقدمة.

42- **مسألة: (وإن وقف على أهل قريته أو قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه، وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل فيه وإن كان الواقف كافرًا).**

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وقف على أهل قريته أو قرابته أو أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو للمسلمين خاصة ولا شىء للكفار، وقال الشافعى: يدخل فيه الكفار، لأن اللفظ يتناولهم بعمومه.

والمساكين وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين، ومتى كان الوقف على من لا يمكن حضرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه فى المساكين ولا فى جملة الوقف لما ذكرناه من قبل.

٩٢٧- **مسألة:** قال: (**وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز**).

وجملته: أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه فى قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئًا يحكى عن مالك والأوزاعى فى وقف الطعام أنه يجوز، ولم يحكه أصحاب مالك، وليس بصحيح، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك، وقيل فى الدراهم والدنانير: يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها، ولا يصح، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان، ولهذا لا تضمن فى الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به.

فصل: والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلى، لأن ذلك هو الذى يتلف بالانتفاع به، أما الحلى: فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال: ابتاعت حفصة حليًا بعشرين ألفًا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته، رواه الخلال

ولنا أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ (النساء: ١١) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلمًا، وإذا لم يدخلوا فى لفظ القرآن مع عمومه لم يدخلوا فى لفظ الواقف، ولأن ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ فى الأولاد والإخوة والأزواج وسائر الألفاظ العامة فى الميراث فكذا ههنا، فإن صرح بهم دخلوا، لأن إخراجهم يترك به صريح المقال وهو أقوى من قرينة الحال، وإن وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار أو وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا، لأنه لا يمكن تخصيصهم إذ فى إخراجهم رفع اللفظ بالكلية، فإن كان فيها مسلم واحد والباقى كفار دخلوا أيضًا، لأن إخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد، وفيه مخالفة الظاهر من وجهين: **أحدهما:** مخالفة لفظ العموم، **والثانى:** حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد، وإن كان الأكثر كفارًا فهو للمسلمين فى ظاهر كلام الخرقى، لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح، وإن كان بإخراج الأكثر، ويحتمل أن يدخل الكفار فى الوصية، لأن التخصيص فى مثل هذا بعيد، فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوى، والحكم فى سائر ألفاظ العموم كالإخوة والأعمام وبنى عمه واليتامى والمساكين كالحكم فى أهل قريته، فأما إن كان الواقف كافرًا فإنه يتناول أهل دينه، لأن لفظه يتناولهم والقرينة تدل على إرادتهم فأشبه وقف المسلم يتناول

بإسناده، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائمًا فصح وقفها كالعقار، لأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار، وبهذا قال الشافعي، وقد روى عن أحمد أنه لا يصح وقفها، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن أبي موسى إلا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم، والأول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة، والعادة جارية به، وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك، ويفارق الدراهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغضب بخلاف مسألتنا.

فصل: ولا يصح وقف الشمع لأنه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول والمشروب، ولا ما

أهل دينه، وهل يدخل فيه المسلمون؟ ينظر فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون دخلوا، وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد وباقي أهلها مسلمون، وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان: **أحدهما**: لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم، **والثاني**: يدخلون، لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره، فإن كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل، لأن قرينة الحال تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولى فبقي خارجًا بحاله، ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم.

43- مسألة: (وإن وقف على مواليه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم، وقال ابن حامد: يختص الموالي من فوق).

إذا وقف على مواليه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم، لأن الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم، وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهو لهم لذلك، وإن اجتمعوا فهو لهم جميعًا يستوون فيه، لأن الاسم يشملهم جميعًا، وقال أصحاب الرأي: الوصية باطلة، لأنها لغير معين، وقال أبو ثور: يقرع بينهما، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وقال ابن القاسم: هو للموالي من أسفل، ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وكقول أصحاب الرأي، **والثالث**: هو للموالي من فوق، لأنهم أقوى لكونهم عصبته ويرثونه بخلاف عتقائه وهو قول ابن حامد، **والرابع**: يقف الأمر حتى يصطلحوا.

ولنا أن الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه، كما لو وقف على إخوته، وقولهم: إنها لغير معين غير صحيح فإن التعميم يحصل مع التعيين، ولذلك لو حلف لا كلمت مولاي حنث بكلام أيهم كان، وقولهم: إن المولى من فوق أقوى، قلنا: مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى والأضعف كإخوته ولا يدخل فيه ولد العم ولا المساكين ولا الحليف ولا غير من

يسرع إليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهها لأنها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم، ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التى لا تصلح للصيد وجوارح الطير التى لايصاد بها، لأنه نقل للملك فيها فى الحياة فأشبه البيع، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها، والمرهون فى وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد فى الذمة ودار وسلاح، لأن الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح فى عبد مطلق كالعتق.

فصل: قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف فى سبيل الله: فهو

ذكرنا، لأن الاسم إن تناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفًا والأسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه، وقال زفر: يستحق.

ولنا أن مولى الله،ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه، فإن لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر: إذا وصى لمواليه وليس له مولى فهو لمولى الله، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شىء له، لأنه ليس بمولى، واحتج الشريف بأن الاسم يتناولهم مجازًا، فإذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به تصحيحًا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه، ولأن الظاهر إرادته المجاز لكونه محملاً صحيحًا، وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد، فإن كان له موالى أب حين الوقف ثم انقرض مواليه لم يكن لموالى الأب على مقتضى ما ذكرناه، لأن الاسم يتناول غيرهم فلا يعود إليهم إلا بعقد ولم يوجد ولا يشبه هذا قوله: أوصيت لأقرب الناس إلى وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وإن كان لا يستحق فى حياة الابن شيئًا لأن الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة فى ابن الابن كوجودها فى الابن حقيقة، وفى المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازًا فمع وجودهما جميعًا لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة لا توجد فى مولى الله.

44- مسألة: (وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم).

لأن اللفظ يقتضى ذلك، وقد أمكن الوفاء به فوجب العمل بمقتضاه كقوله سبحانه: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ (النساء: ١٢) فإنه يجب تعميم الإخوة من الأم والتسوية بينهم، ولأن اللفظ يقتضى التسوية أشبه ما لو أقر لهم.

45- مسألة: (فإن لم يمكن حصرهم كالمساكين والقبيلة الكثيرة كبنى هاشم وبنى تميم، صح الوقف عليهم).

وكذلك يصح الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق،

على ما وقف ووصى، وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل فى وقف مثله فهو أحب إلىَّ لأن الفضة لا ينتفع بها ولعله يشترى بتلك الفضة سرجًا ولجامًا فيكون أنفع للمسلمين، فقيل له: تباع الفضة وتجعل فى نفقته؟ قال: لا، فأباح أن يشترى بفضة السرج واللجام سرجًا ولجامًا، لأنه صرف لهما فى جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به فى الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه فى مثله ولم يجز إيقافها على الفرس لأنه صرف لها إلى غير جهتها.

٩٢٨- **مسألة:** قال: **(ويصح الوقف فيما عدا ذلك).**

ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم فى غير المساكين ونحوهم لأنه تصرف فى حق الآدمى فلم يصح مع الجهالة كما لو قال: وقفت على قوم.

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح، وإن لم يحصوا كالفقراء، وقياسهم يبطل بالوقف على المساكين.

فصل: ولا يجب تعميمهم إجماعًا لأنه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لأن من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاقتصار على واحد منهم، ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة، وهو مذهب الشافعى ووجه القول قد ذكر فى الزكاة والأول ظاهر المذهب.

فصل: فإن كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة تخرج عن الحصر مثل وقف على ﷺ على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم، لأن التعميم كان واجبًا وكذلك التسوية، فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذى يعجز عن بعضه، ولأن الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممن لا يمكن ذلك فيهم.

46- **مسألة: (ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذى يعطى من الزكاة، يعنى إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة).**

وجملة ذلك أن من وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين ـ فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات ـ لا يدخل معهم غيرهم، لأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود فى الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه، وقد مضى شرح ذلك فى الزكاة، فإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف إليهم، ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذى يعطى من الزكاة لا يزاد عليه وقد ذكرنا ذلك، وقد اختلف فى القدر الذى يحصل به الغنى، فقال أحمد فى رواية

وجملة ذلك: أن الذى يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصلاً يبقى بقاء متصلاً كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشباه ذلك، قال أحمد فى رواية الأثرم: إنما الوقف فى الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد: لا بأس به، وهذا قول الشافعى، وقال أبو يوسف: لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الكراع (*)، ولا العروض إلا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة فى الأرض الموقوفة تبعًا لها، لأن الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف إلى مدة، وعن مالك فى الكراع والسلاح روايتان.

ولنا: أن النبى ﷺ قال: «أما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله» متفق

على بن سعيد فى الرجل يعطى من الوقف خمسين درهمًا فقال: إن كان الواقف ذكر فى كتابه المساكين فهو مثل الزكاة، وإن كان متطوعًا أعطى من شاء وكيف شاء، فقد نص على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف فى الزكاة، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على خمسين درهمًا، لأن لفظ أحمد لا تقييد فيه، قال أبو الخطاب وفى المسألة وجهان وجههما ما سبق.

فصل: فإن وقف على الأصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف؟ فيه وجهان بناء على الزكاة.

47- مسألة: (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لأن مبناها على لفظ الموصى أشبهت الوقف)

فصل: والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها ويلزم بمجرد القول، لأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق، وعنه لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده، اختاره ابن أبى موسى كالهبة، والصحيح الأول وقد ذكرناه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن على وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم، واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد ـ صاحب الأذان ـ جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ، فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما (17)، رواه المحاملى فى أماليه، ولأنه إخراج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة ﷺ،

(*) الكراع: اسم يجمع الخيل والسلاح. «اللسان/ كرع».

(17) أخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ح٦٣١٣/ ٢) من كتاب الفرائض باب ميراث الولد للوالد المنفرد، وقد تقدم برقم (٤) مغنى مفصلاً.

عليه[(٢٠)]، وفى رواية: «وأعتده» أخرجه البخارى، قال الخطابى: الاعتاد: ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد، وروى أن أم معقل جاءت إلى النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه فى سبيل الله وإنى أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ: «اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله»[(٢١)] ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولأنه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار.

• **فصل:** قال أحمد ـ رحمه الله ـ فى رجل له دار فى الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها قال: يقفها، قال: القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين، فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو فى الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفًا.

فإن النبى ﷺ قال لعمر فى وقفه: «لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث»[(18)] قال الترمذى: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم، لا نعلم بين المتقدمين منهم فى ذلك اختلافًا، قال الحميدى: تصدق أبو بكر بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده، وعثمان برومة، وتصدق على بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبى ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا إجماع منهم، فإن الذى قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك إجماعًا، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية فإذا نجزه فى حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق، وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها إليه إنما دفعها إليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنها فلم ينفذاه وأتيا النبى ﷺ فرده إليهما، والقياس على الصدقة لا يصح، لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم وإنما يفتقر إلى القبض والوقف لا يفتقر إليه فافترقا.

---

(٢٠) أخرجه البخارى معلقًا من كتاب الزكاة (٣/ ص٣٨٨) ثم وصله فى نفس الباب (٣/ ١٤٦٨/ فتح) من حديث أبى هريرة، ومسلم (٢/ زكاة/ ١١/ ٦٧٦) وأبو داود (٢/ ١٦٢٣) والنسائى (٥/ ٢٤٦٢) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٢٢).

(٢١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٩٠) بلفظ «أما إنك لو أحججتها عليه كان فى سبيل الله» والحاكم فى المستدرك (١/ ١٨٣، ١٨٤) بلفظ «أن الحجة والعمرة لمن سبيل الله» وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٧٥) وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٢/ ٣٩٠، ٣٩٦) من عدة طرق، وبعدة روايات، ذكره الألبانى فى الإرواء (١٥٨٧).

(18) تقدم تخريجه مستوفيًا برقم (١) فى أول كتاب الوقوف والعطايا.

٩٢٩- مسألة: قال: **(ويصح وقف المشاع).**

وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن: لا يصح وبناه على أصله فى أن القبض شرط وأن القبض لا يصح فى المشاع.

ولنا: أن فى حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبى ﷺ فيها فأمره بوقفها(٢٢)، وهذا صفة المشاع ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزًا فجاز عليه مشاعًا كالبيع، أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلمنا فإذا صح فى البيع صح فى الوقف.

فصل: وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثًا أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم لأنه إذا جاز وقف الجزء مفردًا جاز وقف الجزءين، وإن أطلق الوقف

48- مسألة: (ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه فى مثله وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد، وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به فى موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر).

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبى ﷺ فى حديث عمر: «غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» فإن تعطلت منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتًا لا يمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وإن لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعه، قال أحمد فى رواية أبى داود: إذا كان فى المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه، وقال فى رواية صالح يحول المسجد خوفًا من اللصوص، وإذا كان موضعه قذرًا قال القاضى: يعنى إذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه، ونص على جواز بيع عرصته فى رواية عبد الله وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام، قال أبو بكر: وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال: وبالقول الأول أقول لإجماعهم على بيع الفرس الحبيس يعنى: الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر مثل أن تدور فى الرحى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة فى نتاجها، أو حصانًا يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد، وقال محمد بن الحسن: إذا خرب المسجد والوقف عاد إلى ملك واقفه، لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه، وقال مالك والشافعى: لا يجوز بيع شىء من ذلك لقول رسول الله ﷺ:

---

(٢٢) تقدم برقم (١).

فقال: أوقفت دارى هذه على أولادى وعلى المساكين فهى بينهما نصفين، لأن إطلاق الإضافة إليهما تقتضى التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف، وإن قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهى بينهم أثلاثًا.

فصل: فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبنى على القسمة هل هى بيع أو إفراز حق؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر، فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة، وإن كان

«لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق.

ولنا: ما روى أن عمر ﷺ كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذى بالكوفة أن انقل المسجد الذى بالتمارين، واجعل بيت المال فى قبلة المسجد فإنه لن يزال فى المسجد مصل، وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعًا، ولأن فيما ذكرناه استبقاء للوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره قال ابن عقيل: الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدى إذا عطب فإنه يذبح فى الحال، وإن كان يختص بالموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره، لأن مراعاته مع تعذره تفضى إلى فوات الانتفاع به باالكلية وهذا الوقف المعطل المنافع.

ولنا على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق.

49- **مسألة: (ويجوز بيع بعض آلته وصرفها فى عمارته)**.

كما لا يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه، ولأنه إذا جاز بيع الجميع عند الحاجة إلى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى.

فصل: وإذا بيع الوقف فأى شىء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، وإن كان من غير جنسه فى ظاهر كلام الخرقى لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التى كانت الأولى تصرف فيها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به.

فصل: فإن لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به فى شراء حبيس يكون بعض الثمن، نص عليه أحمد، لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق.

فصل: فإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردّا على

فيهـا رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضًا، لأنـه شراء لشيء من المطلق، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز، لأنه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز، وإن كان المشاع وقفًا على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ما ذكرنا، ولم يجز فيما إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة فى الوقف وطلبها أحد الشريـكين أو ولى الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهى واجبة.

٩٣٠- مسألة: قال: **(وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل).**

وجملة ذلك: أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصح

أهل الوقف لم يجز بيعه، لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحـصيله ومع الانتفاع ما يضيع المـقصود وإن قل اللهم إلا أن يبلغ فى قلة النفع إلى حد لا يعد نفعًا فيكون وجوده كالعدم.

فصل: قال أحمد فى رواية أبى داود فى مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضـهم من ذلك: ينظر إلى قول أكثرهم، واختلف أصحابنا فى تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا مسـجد أراد أهله إنشاءه ابتداءً واختلفوا كيف يعمل، وسماه مسجدًا قبل بنائه تجوزًا، لأن مآله إليه، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت وذهب القاضى إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كـان مسجدًا فأراد أهله رفـعه وجعل ما تحتـه سقاية لحاجتهم إلى ذلك والأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجـد فلا يجوز صرفه فى ذلك ولو جـاز جعل أسفل المسجد سـقاية وحوانيت لهذه الحاجـة لجاز تخريبُ المسجد وجـعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسـجدًا فى موضع آخر، وقال أحمـد فى رواية بكر بن محمد عن أبيه فى مسجـد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص فى نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة.

50- مـسـألة: (وما فضل من حصره وزيته عن حـاجته جاز صـرفه إلى مسجـد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين).

وكذلك إن فضل من قصبه أو شىء من نقضه، قال أحمد فى مسجد يبنى فيبقى من خشبه أو قصبه أو شىء من نقضه قال: يعان به فى مسـجد آخر أو كما قال، وقال المروذى: سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد إذا فضل منه الشىء أو الخـشبة قال: يتصدق به، وأرى أنه قد احتج بكسـوة البيت إذا تخـرقت تصدق بها، وقـال فى موضع آخـر: قد كان شـيبة يتـصدق بخلقان الكعبة وروى الخـلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثـمان الحجبى جاء إلى عائشة رضي الله عنها فقـال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثـر عليها فننزعها فنحفـر لها آبارًا فندفنها

على غير معين كرجل وامرأة، لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة، ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية، فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة، ولذلك غضب النبى ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شىء من التوراة وقال: «أفى شك أنت يا بن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخى حيًّا ما وسعه إلا اتباعى»(٢٣) ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه، والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها، لأنه يراد لتعظيمها وسواء كان الواقف مسلمًا أو ذميًّا، قال أحمد فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعًا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم، وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافًا،

فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب، قالت عائشة: بئس ما صنعت ولم تصب، إن ثياب الكعبة إذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب، ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها فى سبيل الله والمساكين، فقال: فكان شيبة يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة، وهذه قضية مثلها ينتشر ولم تنكر فتكون إجماعًا، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع.

51- مسألة: (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد).

نص عليه أحمد فقال: إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجدًا فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها، ولو قلعها الإمام لجاز، وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا إنما بنى لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن، ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة فى موضعها ويسقط ورقها فى المسجد وثمرها ويسقط عليها الطير وتبول فى المسجد وربما اجتمع الصبيان فى المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها.

52- مسألة: (فإن كانت مغروسة جاز الأكل منها).

يعنى إذا كانت الشجرة فى أرض فجعلها صاحبها مسجدًا والشجرة فيها فلا بأس، قال أحمد فى موضع: لا بأس يعنى أن يبيعها من الجيران، وقال فى رواية أبى طالب فى النفقة: لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها، وذلك والله أعلم، لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجدًا والشجرة فيها فقد وقف الأرض والشجرة معًا ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذى لم يعين له مصرف، وقد ذكرنا أنه للمساكين فى بعض الروايات، فأما إن قال صاحبها: هذه وقف على المسجد فينبغى أن تباع ثمرتها وتصرف إليه كما لو وقفها

---

(٢٣) أخرجه الدارمى فى السنن (١/ مقدمة/ ٤٣٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٨٧) وابن أبى عاصم فى السنة (١/ ٢٧) والحديث فى إسناده مجالد وهو ابن سعيد الهمدانى، قال الحافظ فى التقريب: ليس بالقوى وقد تغير فى آخر عمره، ولكنه يتقوى بشواهده، وقد ذكره الألبانى فى إرواء الغليل مستوفيًا فلتراجع (٦/ ٣٤).

وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمى كالوقف على غير معين، **فإن قيل**: فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقودًا فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم ننقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ **قلنا**: الوقف ليس بعقد معاوضة، وإنما هو إزالة للملك فى الموقوف على وجه القربة، فإذا لم يقع صحيحًا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق.

وقد روى عن أحمد رحمه الله فى نصرانى أشهد فى وصيته أن غلامه فلانًا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه؟ قال: هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين، وروى عنه قال: هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية، وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله، ويحتمل أن قوله ويرجع عليه بخدمته أربع سنين لم يكن لصحة الوصية، بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته، وإذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه، كما لو تزوج الذمى ذمية على ذلك ثم أسلم فإنه يجب عليه المهر، كذا ههنا يجب عليه العوض والأول أولى.

فصل: ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل والملك والجن والشياطين، قال أحمد فيمن وقف على مماليكه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك، **فإن قيل**: قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهى لا تملك، **قلنا**: الوقف على المسلمين إلا أنه عين فى نفع خاص لهم، **فإن قيل**: فينبغى أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة، **قلنا**: الجهة التى عين صرف الوقف فيها ليست نفعًا بل هى معصية محرمة يزادون بها عقابًا وإثمًا بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد، وإن قلنا إنه يملك بالتمليك لأن الوقف يقتضى تحبيس الأصل والعبد لا يملك ملكًا لازمًا، ولا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك، لأن ملكه غير مستقر، ولا على مرتد ولا حربى لأن أموالهم مباحة فى الأصل، ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة، فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحبيس الأصل.

فصل: ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكًا محترمًا، ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين، ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روى أن صفية بنت حيى زوج النبى ﷺ وقفت على أخ لها يهودى (٢٤)، ولأن من جاز أن يقف الذمى عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضًا لأن الوقف عليهم لا على الموضع.

على المسجد وهى فى غيره، وقال أبو الخطاب: عندى أن المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة

---

(٢٤)أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (١/ ١٢٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ٢٨١) وعبد الرزاق فى مصنفه (٩٩١٣) وأيضًا فى باب هل يتوارث أهل ملتين (برقم/ ١٩٣٢٧).

فصل: وينظر في الوقف من شـرطه الواقف، لأن عمر ﷺ جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلـها، ولأن مصرف الوقف يتبع فـيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه، فـإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جـعله إلى غيره فهو له، فـإن لم يجعله لأحد أو جعـله لإنسان فـمات نظر فـيه الموقـوف عليـه، لأنه ملكه ونفعـه له فكان نظره إليه كـملكه المطلق، ويحتـمل أن ينظر فيه الحـاكم، اختاره ابن أبي مـوسى ويحتمل أن يكون الوجـهان مـبنيين على أن المـلك هل ينتقل فـيـه إلى الموقـوف عليه أو إلـى الله تعالى؟ فـإن قلنا هو للموقـوف عليه فالنظر فـيه إليه لأنه ملكـه عينه ونفعـه، وإن قلنا: هو لله فالحاكم ينوب فـيه ويصرفـه إلى مصـارفه، لأنه مـال الله فكان النظر فيـه إلى حاكم المـسلمين، كـالوقف على المسـاكين، وأما الوقف عـلى المساكـين والمساجـد ونحوها أو على من لا يمكن حـصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم، لأنه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله أن يستنيب فيه، لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه، ومتى كـان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف ذلك له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه وكان واحدًا مكلفًا رشـيدًا فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً كان أو فاسقًا، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كالطلق، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظًا لأصل الوقف عن البيع أو التـضييع، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل إنسان في نصيبه، وإن كـان الموقوف عليه غير رشيد إما لصغر أو سفه أو جنون قام وليه في النظر مـقامه كما يقوم مقامه في مـاله المطلق، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه أو لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم لم يجز أن يكون إلا أمينًا فإن لم يكن أمينًا وكانت توليتـه من الحاكم لم تصح وأزيلت يده، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقًا ضم إليـه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين ويحـتمل أن لا يصح توليته وأنه ينعزل إذا فـسق في أثناء ولايته، لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيـره فإنه متى لم يمكن حفظـه منه أزيلت ولايته فإن مراعـاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه.

فصل: ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف، لأنه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته، فإن لم يمكن فمن غلته، لأن الوقف اقـتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عـليه فكان ذلك من ضرورته، وإن تعطلت منافع الحيـوان الموقوف فنفقـته على الموقوف عليـه، لأنه ملكه ويحتمل وجوبهـا في بيت المال ويجوز بيعـه على ما سلف بيانه.

الشجرة بيعت وصرفت في عـمارته، وقول أحمد: يأكلها الجيران مـحمول على أنهم يعمرونه فإن استغنى المسجد عنها فلا بأس بالأكل منها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الهبة والعطية

٩٣١- مسألة: ، قال: (**ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه**) .

وجملة ذلك: أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايرات، فإن النبى ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة[(١)]، وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة «هو عليها صدقة ولنا هدية»[(٢)] فالظاهر أن من أعطى شيئًا يتقرب به[(٣)] إلى الله تعالى للمحتاج فهو

باب الهبة والعطية

وهى تمليك فى الحياة بغير عوض، الهبة والعطية والهبة والصدقة معانيها متقاربة وهى تمليك فى الحياة بغير عوض، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها، فأما الصدقة والهدية فهما متغايران وإن دخلا فى مسمى الهبة والعطية فإن النبى ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة: «هو عليها صدقة ولنا هدية» فالظاهر أن من أعطى شيئًا ينوى به التقرب إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئًا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه فإن النبى ﷺ قال: «تهادوا تحابوا» وأما الصدقة فما ورد فى فضلها كثير، وقد قال الله تعالى: ﴿**إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّئَاتِكُمْ**﴾ (البقرة: ٢٧١) .

أ- مسألة: (**فإن شرط فيها عوضًا معلومًا صارت بيعًا وعنه يغلب فيها حكم الهبة**) .

وجملة ذلك أن الهبة المطلقة لا تقتضى ثوابًا سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلى منه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى كقولنا فيما إذا كانت لمثله أو دونه، وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب فى أحد القولين، وهو قول مالك لقول عمر ﵁: من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابًا كهبة المثل والوصية، وقول عمر قد خالفه ابنه وابن عباس فلا يبقى حجة، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضًا أيهما

---

(١) بهذا اللفظ أخرجه البيهقى فى «السنن» (٧/ ٣٩، ٤٠) وابن عبد البر فى «التمهيد» (٢/ ١٨) وأخرجه البخارى فى «صحيحه» (٣/ ح١٤٩١/ فتح) وفيه: «أما شعرت أنَّا لا نأكل الصدقة» وأيضًا فى كتاب «الهبة» (٥/ ح٢٥٧٦) بلفظ: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل عنه: «أهدية أم صدقة» فإن قيل: صدقة قال لأصحابه: «كلوا» ولم يأكل، وإن قيل: هدية ضرب بيده ﷺ وأكل معهم، وأخرجه مسلم (٢/ زكاة/ ٧٥٦/ ١٧٥).

(٢) تقدم برقم (١١٢) مسألة رقم (٤٢٩).

(٣) فى نسخة «هـ» ينوى به التقرب.

صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئًا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية، وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث إليه، فإن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»(٤) وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال تعالى: ﴿إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّئَاتِكُمْ﴾ (البقرة: ٢٧١) إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم

أصاب عيبًا لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها، فإن شرط في الهبة ثوابًا معلومًا صح، نص عليه، لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالهبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة، وبه قال أصحاب الرأي، ولأصحاب الشافعي قول: إنها لا تصح، لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها.

ولنا: أنه تمليك بعوض فصح كما لو قال: ملكتك هذا بدرهم، فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، فإذا ذكر العوض صار بيعًا، وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب: أنه يغلب عليها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به.

2- مسألة: (وإن شرط ثوابًا مجهولاً لم تصح الهبة).

وحكمها حكم البيع الفاسد، لأنه عوض مجهول في معاوضه فلم يصح كالبيع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة، لأنه نماء ملك الواهب، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه أنه قال: يرضيه بشيء، وظاهر كلام أحمد: أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضًا رضيه لزم العقد بذلك، قال أحمد في رواية محمد بن الحكم: إذا قال الواهب: هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه، لأنه شرط، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا وهب له على وجه الإثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه منها فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة، لأنه عقد معاوضة فاسد فلزم ضمان العين إذا تلفت كالبيع الفاسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها، والأول أصح، لأن هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عوضًا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها، وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة ولا التراضي، والأصل في هذا قول عمر ﷺ: من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها، وروى معنى ذلك عن علي وفضالة

---

(٤) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ١٦/ ٩٠٨) بلفظ: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء» وانظر «التمهيد» لابن عبد البر (٦/ ١١٦) وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٤٦) وقال فيه المغني بن حاتم، ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام، وأخرجه البيهقي في «السنن» (٦/ ١٦٩) والبخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) وقال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦٩): وإسناده حسن، وذكره الألباني في «صحيح الجامع» (٣٠٠٤). وانظر «فيض القدير» (٣/ ٢٧١) وقال المناوي في إثره: إن العراقي قال: سنده جيد.

فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي، وقال مالك وأبو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله ﷺ: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»(٥) ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع.

ابن عبيد ومالك بن أنس، وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابًا، وقد روى أبو هريرة أن أعرابيًا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثًا فأبى فزاده ثلاثًا، فلما كملت تسعًا قال: رضيت، فقال النبي ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي»(1) من المسند، فإن تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه منها فقال أحمد: لا أرى عليه نقصان ما نقصه عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبًا لبسه أو جارية استخدمها، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه.

3- مسألة: (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها).

فالإيجاب أن يقول: وهبتك أو أهديت إليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول: أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا، وتصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليهما، وإن لم يحصل إيجاب أو قبول، ذكر القاضي وأبو الخطاب: أن الهبة والعطية لا بد فيها من الإيجاب والقبول، ولا تصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي، لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح، والصحيح: أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ، اختاره ابن عقيل، فإن النبي ﷺ كان يُهدِي ويُهدَى إليه ويُعطِي ويُعطَى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطًا لنقل عنهم نقلاً مشتهرًا، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» فقال: هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت»(2) ولم ينقل قبول النبي ﷺ

---

(٥) أخرجه البخاري في «الهبة» (٣/ ٦٥٩/ صحيح) ومسلم (٣/ هبات/ ٧/ ١٢٤١) وتقدم مستوفيًا في المسألة رقم (٤٢٤) حديث (٨٣).

(1) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/ ح٧٣٥٧) والنسائي (٦/ ح٣٧٦٨) وعبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ١٠٥، ١٠٦، ١٦٥٢١) وإسناده صحيح.

(2) أخرجه البخاري في «البيوع» (٣/ ٥٢٩/ صحيح) من حديث ابن عمر.

ولنا: إجماع الصحابة ﷺ، فإن ما قلناه مروى عن أبى بكر وعمر ﷺ ولم يعرف لهما فى الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة ﷺ أن أبا بكر ﷺ نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدى منك ولا أحد أعز على فقرًا منك، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا وودت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل»(٦).

من عمر ولا قبول ابن عمر من النبى ﷺ، ولو كان شرطًا لفعله النبى وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله، وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ كان إذا أُتى بطعام سأل عنه فإن قالوا: صدقة قال لأصحابه: «كلوا» ولم يأكل، وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم(3)، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا فى أن تقديم الطعام بين يدى الضيفان والإذن فى أكله أن ذلك لا يحتاج إلى إيجاب ولا قبول، ولأنه وجد ما يدل على التراضى بنقل الملك فاكتفى به كما لو وجد الإيجاب والقبول، قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب مع الإطلاق وعدم العرف القائم من المُعطِي والمُعطَى، لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضى فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على اللفظ، ألا ترى أنَّا اكتفينا بالمعاطاة فى البيع واكتفينا بدلالة الحال فى دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فإذا اكتفينا فى المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال فإنها تنقل الملك من الجانبين، فلأن نكتفى بها فى الهبة أولى، وأما النكاح فإنه يشترط فيه ما لا يشترط فى غيره من الأشهاد ولا يقع إلا قليلاً فلا يشق اشتراط الإيجاب والقبول فيه بخلاف الهبة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

4- مسألة: (وتلزم بالقبض وعنه تلزم فى غير المكيل والموزون بمجرد الهبة).

أما المكيل والموزون: الذى لا يتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض، وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع، وهو قول أكثر الفقهاء منهم: النخعى والثورى والحسن ابن صالح وأبو حنيفة والشافعى، وقال مالك وأبو ثور: تلزم بمجرد العقد لعموم قوله ﷺ: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه» ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق، ولأنه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف.

ولنا: إجماع الصحابة ﷺ فإنه مروى عن أبى بكر وعمر ﷺ ولم نعرف لهما فى الصحابة مخالفًا، وقد روى عروة عن عائشة ﷺ أن أبا بكر ﷺ نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلىَّ غنى منك بعدى ولا أحد أعز علىَّ فقرًا منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال

---

(٦) تقدم برقم (١٠) مسألة رقم (٩٢١).

(3) أخرجه البيهقى فى السنن (٧/ ٣٩، ٤٠) وقد تم تخريجه فى رقم (١) مستوفيًا (مغنى).

وروى ابن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القارى أن عمر بن الخطاب قال: ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال: مالى وفى يدى وإذا مات هو قال: كنت نحلته ولدى، لا نحلة يجوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه، وروى عثمان: أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارًا، قال المروذى: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلىٌّ أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكًا يقول: لا يلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق، لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم فى حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون فى محل النزاع فى المكيل والموزون.

الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل، رواه مالك فى موطئه(4) وروى ابن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القارى أن عمر بن الخطاب قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال: مالى وفى يدى، فإذا مات هو قال: كنت نحلت ولدى لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه، قال المروذى: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض، فإن مالكًا يقول: لا يلزم الورثة التسليم، والخبر محمول على المقبوض، ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق، لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات، والوصية تلزم فى حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون فى محل النزاع، لأن النزاع فى المكيل والموزون.

فصل: وفى غير المكيل والموزون روايتان: إحداهما: أن حكمه حكم المكيل والموزون فى أنه لا يلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروذى: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلىٌّ على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، روى ذلك عن النخعى والثورى والعنبرى والحسن بن صالح والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا فى المكيل والموزون، **والثانية**: أنها تلزم بمجرد العقد ويثبت الملك فى الموهوب فيه قبل قبضه، فروى عن على وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض، وهو قول مالك وأبى ثور، لأن الهبة أحد نوعى التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن منه ما لا يلزم بقبض وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك، فأما حديث أبى بكر فى هبته لعائشة فإن جذاذ عشرين وسقًا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقًا مجذوذة فيكون مكيلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً يجذ عشرين وسقًا

(4) أخرجه مالك فى «الموطأ» من كتاب الأقضية (٢/ ٤٠/ ٧٥٢) والبيهقى فى «السنن» (٦/ ١٧٠، ١٧٨) من حديث عائشة.

فصل: وقول الخرقي: «لا يصح» يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن حُكْمَ الملك حُكْمُ الهبة، والصحة: اعتبار الشيء فى حق حكمه، وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظ على نفيه لعدم الخلاف فيه، ولأنه قال فى سياق المسألة «كما يصح فى البيع» وقد تقرر فى البيع أن المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفى الضمان وإطلاقه فى التصرفات وقوله: ما يكال يوزن ظاهرة العموم فى كل موزون ومكيل، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ورجحنا العموم.

فهو أيضًا غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة، وقول عمر أراد به النهى عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أنى نحلت ولدى شيئًا ويمسكه فى يده يستغله، فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التى أظهرها، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثته شيئًا وهذا على هذا محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده، فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه، على أنه قد روى عن على وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم.

فصل: قوله فى المكيل والموزون: إن الهبة لا تلزم فيه إلا بالقبض محمول على عمومه فى كل ما يكال ويوزن، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين منه كقفيز من صبرة ورطل من دن وقد ذكرنا ذلك فى البيع ورجحنا العموم.

5- مسألة: (ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب إلا ما كان فى يد المتهب فيكفى مضى زمن يتأتى قبضه فيه، وعنه لا يصح حتى يأذن فى القبض) .

إذا قلنا: إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض لم يصح القبض إلا بإذن الواهب، لأنه قبض غير مستحق عليه، ولأنه أمر تلزم به الهبة فلم يصح إلا بإذن الواهب كأصل العقد لأن قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء، كما لو باعه سلعة فى يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، فأما ما كان فى يد المتهب كالوديعة والمغصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضى مدة يتأتى فيها القبض فإنه قال فى رواية ابن منصور: إذا وهب امرأته شيئًا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار، هى معه فى البيت، فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضًا ولا مضى مدة يتأتى فيها لكونها معه فى البيت فيدها على ما فيه، لأن قبضه مستدام أغنى عن الابتداء، كما لو باعه سلعة فى يده وهو الصحيح، إن شاء الله تعالى، قال القاضى: لا بد من مضى مدة يتأتى القبض فيها، وهل يفتقر إلى إذن فى القبض؟ فيه روايتان: **إحداهما:** يفتقر كغير المقبوض، **والثانية:** لا يفتقر لأنه مقبوض فلا معنى لتجديد الإذن فيه، وقد ذكرنا ذلك فى الرهن ومذهب الشافعى فى الاختلاف فى اعتبار الإذن واعتبار مضى مدة يتأتى القبض فيها كمذهبنا.

فـصل: والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض، وحكى عن أبى حنيفة: أنه إذا قبضها فى المجلس صح، وإن لم يأذن له، لأن الهبة قامت مقام الإذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لم يتم إلا بالقبض.

ولنا: أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنًا فى القبض بدليل ما بعد المجلس، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه، لأن ذلك ليس بقبض، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت.

فـصل: والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وإن شاء رجع فيها، فإن قبضها المتهب بغير إذن الواهب لم يصح القبض ولم تتم الهبة، وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا قبضها فى المجلس صح وإن لم يأذن له، لأن الهبة قامت مقام الإذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم إلا بالقبض.

ولنا: أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهاه، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم إلا بإذنه، كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل قبض ثمنه، ولا يصح جعل الهبة إذنًا فى القبض كما بعد المجلس، ويحتمل أنه إذا قبضها بحضرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الإذن كما جعلنا أخذ المتهب لها بإذن الواهب دليلاً على القبول، فإن أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه، لأن ذلك ليس بقبض، وإن رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لأن الهبة تمت.

6- **مسألة:** **(فإن مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن والرجوع)**.

وجملة ذلك أنه إذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض بطلت الهبة، سواء كان قبل الإذن فى القبض أو بعده، ذكره القاضى فى موت الواهب، لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة، قال أحمد فى رواية أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المُهدَى إليه حتى مات فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها، وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت أبى سلمى قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إنى أهديت إلى النجاشى حلة وأواقى مسك ولا أرى النجاشى إلا قد مات، ولا أرى هديتى إلا مردودة علىَّ، فإن ردت فهى لك»(5) فكان كما قال رسول الله ﷺ ورُدت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة، وإن مات المُهدِى قبل أن تصل إلى

---

(5) أخرجه أحمد فى مسنده (٦/ ٤٠٤) والبيهقى فى السنن (٦/ ٢٦) وقد تم تخريجه مستوفيًا برقم ٧ مغنى.

فـصل: وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الـهبة، سواء كان قبل الإذن في القـبض أو بعـده، ذكره القاضي في موت الواهب، لأنه عقـد جائز فبطل بمـوت أحد المتعاقدين كالوكالة والشـركة، وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليـه حتى مات: فإنها تعود إلـى صاحبها ما لم يقـبضها، وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي مردودة على فإن ردت فـهي لك»[7] قالت: فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى

المُهـدَى إليه رجـعت إلى ورثة المُهدَى وليس لـلرسول حملهـا إلى المُهـدَى إليه إلا أن يأذن الوارث والهبة كالهدية، وقال أبو الخطاب: قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي، لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد القبول وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجها واحدًا، لأن العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعـد الإيجاب وقبل القبول، فإن قلنا: إن الهبة لا تبطل فـمات أحدهما بعد الإذن في القبض بطل الإذن لأن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه وإن كان المتهب فلم يوجد الإذن لوارثه فلم يملك القبض بغير إذن، والله أعلم.

7- مسألة: **(وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئ وإن رد ذلك ولم يقبله).**

لأنه إسقـاط فلم يفتـقر إلى القبـول كإسقـاط القصاص والشـفعـة وحد القذف وكـالعتق والطلاق وكذلك إن قال: تصدقت به عليك فـإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة، قال الله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا﴾ (النسـاء: ٩٢) وإن قال عفوت لك عنه صح قال الله تعـالى: ﴿إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ (البـقرة: ٢٣٧) يريد بـه الإبراء من الصداق، فإن قـال: أسقطته عنك صح لأنه أتى بحـقيقة اللفظ وكـذلك إن قال: ملكتك لأنه بمنزلة هبته إياه، فإن وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياسًا على البيع، ويحتمل أن يصح، لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان.

فـصل: **وتصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهمـا سبيل إلى معرفته**، وقال أبو حنيفة تصح مطلقًا، وقال الشافعي لا تصح إلاَّ أنه إذا أراد ذلك فقال أبرأتك من درهم إلى ألف، لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر، فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة.

ولنا أن النبي ﷺ قال لرجلين اخـتصما إليه في مـواريث درست: «اقتسمـا وتوخيا ثم

---

(٧) والبيهقي في «السنن» (٦/ ٢٦) وابن حبان في «صحيحه» (٧/ ح ٥٠٩٢/ إحسان) وذكره ابن حجر في «الفتح» (٥/ هبة/ ص٢٦٣) وقال: إسناده حسن، وأيضًا أحمد في «مسنده» (٦/ ٤٠٤).

كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة، وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه رجعت إلى ورثة المهدى وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه إلا أن يأذن له الوارث، ولو رجع المهدى فى هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية.

وقال أبو الخطاب: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض والفسخ وهذا ما يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى، لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله، وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهًا واحدًا، لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشترى، وإذا قلنا: الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن فى القبض بطل الإذن وجهًا واحدًا، لأن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه فى الرجوع فى الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير إذنه، وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه فلم يملك القبض بغير إذن.

استهما ثم تحالا»(6) رواه أبو داود، ولأنه إسقاط فصح فى المجهول كالطلاق والعتاق، وكما لو قال من درهم إلى ألف، ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها، فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سدًا لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئه ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق، فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفًا من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغى أن لا تصح البراءة فيه، لأن فيه تغريراً بالمبرئ، وقد أمكن التحرز منه، وقال أصحابنا: لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شىء عليه وكان له عليه مائة ففى صحة البراءة وجهان: **أحدهما:** صحتها لأنها صادفت ملكه فأسقطه كما لو علمها، **والثانى:** لا يصح لأنه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراءً فى الحقيقة، وأصل الوجهين ما لو باع مالاً كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح؟ فيه وجهان، وللشافعى قولان فى البيع، وفى صحة الإبراء وجهان.

فصل: فإن كان الموهوب له طفلاً أو مجنونًا لم يصح قبضه ولا قبوله، لأنه من غير أهل التصرف ويقبض له أبوه إن كان أمينًا، لأنه أشفق عليه وأقرب إليه، فإن لم يكن له أب قبض له وصى أبيه، لأن الأب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وإن كان الأب غير مأمون أو كان مجنونًا أو كان لا وصى له قبل الحاكم، ولا يلى ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه، وكذلك وكيل الأب الأمين ووصيه يقوم كل واحد منهما مقام الصبى والمجنون فى القبول والقبض إن احتيج إليه، لأنه قبول لما للصبى أو المجنون فيه حظ فكان إلى الولى

---

(6) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٨٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٢٠) وسيتم تخريجه برقم (١٤) مغنى مستوفيًا بالتفصيل.

فصل: وإن وهبه شيئًا في يد المتهب كوديعة أو مغصوب، فظاهر كلام أحمد: أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضى مدة يتأتى القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور: إذا وهب لامرأته شيئًا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت، فظاهر هذا، أنه لم يعتبر قبضًا ولا مضى مدة يتأتى القبض فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه، وقال القاضي: لا بد من مضى مدة يتأتى فيها القبض، وقد روى عن أحمد رواية أخرى أنه يفتقر إلى إذن في القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن، ومذهب الشافعي كمذهبنا في الاختلاف في اعتبار الإذن واعتبار مضى مدة يتأتى القبض فيها.

كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء، قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك، وأبوه حاضر فقال: لا أعرف للأم قبضًا ولا يكون إلاَّ للأب، وقال عثمان ﷺ: أحق من يحوز للصبي أبوه، وهذا مذهب الشافعي لا أعلم فيه خلافًا، لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له، أما غيره فلا نيابة له، قال شيخنا: ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم، لأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيرًا لا غنى به عن الصدقات، فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك، ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم.

فصل: فإن كان الصبي مميزًا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ، إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي فههنا أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا، لأنه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسبه المباحات، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لأن القبض يحصل به مستوليًا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بتوقفه على إذن وليه كقبضه أو وديعته بخلاف القبول فإنه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده.

فصل: فإن وهب الأب لولده الصغير شيئًا قام مقامه في القبض والقبول إن احتيج إليه، قال ابن المنذر(7): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل دارًا بعينها أو عبدًا بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروى معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز، فإن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله: قد وهبت هذا لابني وقبضته له، لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا، ولا يكفي قوله قد قبلته، لأن القبول لا يغني عن القبض، وإن كان مما

---

(7) ابن المنذر في الإجماع (١٢٥/ ٦٠٠).

٩٣٢- مسألة: قال: **(ويصح فى غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح فى البيع)**.

يعنى أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه، بمجرد العقد ويثبت الملك فى الموهوب قبل قبضه وروى ذلك عن على وابن مسعود رضي الله عنهما فإنه يروى عنهما أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض، وهو قول مالك وأبى ثور، وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروذى: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، ويروى ذلك عن النخعى والثورى والحسن ابن صالح والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا فى المسألة الأولى، ووجه الرواية

لا يفتقر أكتفى بقوله: قد وهبت هذا لابنى ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول، قال ابن المنذر: أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لولده الصغير فى حجره لا يحتاج إلى قبض وأن الإشهاد فيها يغنى عن القبض وإن وليها أبوه لما رواه ملك عن الزهرى عن ابن المسيب أن عثمان قال: من نحل ولدًا له صغيرًا لم يبلغ أن يحوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهى جائزة وإن وليها أبوه[8]، وقال القاضى: لا بد فى هبة الولد من أنه يقول: قبلته، وهذا مذهب الشافعى لأن الهبة عندهم لا تصح إلاَّ بالإيجاب والقبول، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالتها تغنى عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب، فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبى ﷺ وصحابته، وليس هذا مذهبًا لأحمد فقد قال فى رواية حرب فى رجل أشهد بسهم من ضيعته وهى معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال: أحب أن يقول عند الإشهاد: قد قبضته له قال له: فإن سها قال: إذا كان مفرزًا رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفى بقوله قد قبضته له وأن يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد فحسب، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا: يكتفى بأحد لفظين إما أن يقول: قد قبلته أو قد قبضت، لأن القبول يغنى عن القبض، وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك، إن وهب له مالاً يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلاَّ أن يضعها على يد غيره، لأن الأب قد يتلف ذلك أو يتلف بغير سببه فلا يمكن أن يشهد على شىء لعينه فلا ينفع القبض شيئًا.

ولنا: أن ذلك مما يصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض.

فصل: فإن كان الواهب للصبى غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا: لا بد أن يوكل من يقبل للصبى ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما فى البيع، بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، قال شيخنا: والصحيح عندى أن الأب وغيره فى هذا سواء، لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز أن يتولى

---

(8) قال ابن عبد البر (٧/ ٢٤٢) رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب. . . فذكره.

الأولى أن الهبة أحد نوعى التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك، فأما حديث أبى بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقًا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقًا مجذوذة فيكون مكيلاً غير معين، وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً يجذ عشرين وسقًا فهو أيضًا غير معين، ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة، وقول عمر أراد به النهى عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أنى نحلت ولدى شيئًا ويمسكه فى يده ويستغله، فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التى أظهرها، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئًا، وهذا على الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده، فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه على أنه قد روى عن على وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم.

طرفيه كالأب، وفارق البيع فإنه يجوز أن يوكل من يشترى له، ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم فى عقده لنفسه، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولى فجاز أن يتولى طرفى العقد كالأب، ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبى وهو ههنا يعطى ولا يأخذ، فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما.

فصل: فأما الهبة من الصبى لغيره فلا تصح، سواء أذن فيها الولى أو لم يأذن، لأنه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالسفيه، فأما العبد فلا يجوز أن يهب إلاً بإذن سيده لأنه لسيده وماله مال لسيده، فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبى، وقد ذكرنا فى جواز الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه رواية أن ذلك جائز، وذكرنا دليله فى الحجر وللعبد أن يقبل الهدية والهبة بغير إذن سيده، نص أحمد، لأنه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه.

فصل: والقبض فى الهبة كالقبض فى البيع، وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه فى كتاب البيع وهذا مقيس عليه.

8- مسألة: (وتصح هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعى وسواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يكن).

وقال أصحاب الرأى: لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته، لأن القبض شرط فى الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه وتصح هبة ما لا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه، فإن وهب واحد اثنين شيئًا مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة وجاز عند صاحبيه، وإن وهب اثنان اثنين شيئًا مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم، لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع.

فصل: قول الخرقى: «إذا قَبِل» يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض فى موضع وجد فيه الإيجاب والقبول، والإيجاب أن يقول: وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نحو هذا، وذكر القاضى وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى، لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح، والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل، فإن النبى ﷺ كان يُهدِى ويُهدَى إليه، ويُعطِى ويُعطَى، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها، وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم فى ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطًا لنقل عنهم نقلاً مشهورًا، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبى ﷺ لعمر: «بعنيه» فقال: هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت»(٨) ولم ينقل قبول النبى ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبى ﷺ ولو كان شرطًا لفعله النبى ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله. وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة، قال لأصحابه: «كلوا» ولم يأكل، وإن قالوا: هدية ضرب بيده فأكل معهم(٩)، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه فى أن تقديم الطعام بين يدى الضيفان إذن فى الأكل، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله، ولأنه وجد ما يدل على التراضى بنقل الملك فاكتفى به، كما لو وجد الإيجاب والقبول.

ولنا: أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ: «ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم» رواه البخارى وهو هبة مشاع، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبى ﷺ وقد جاء رجل ومعه كبة من شعر فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح بها برذعة لى فقال النبى ﷺ: «ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لك»(9) وروى عمير بن سلمة الضمرى قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقورًا فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يجىء صاحبه» فجاء رجل من بهز وهو الذى عقره فقال يا رسول الله شأنكم بالحمار، فأمر رسول الله ﷺ أن يقسم بين الناس(10) رواه الإمام أحمد

(٨) أخرجه البخارى فى «البيوع» (٣/ ٥٢٩/ صحيح) من حديث ابن عمر.

(٩) تقدم تخريجه فى الحديث (١) من نفس الباب.

(9) أخرجه أبو داود (٣/ ح٢٦٩٤) والنسائى (٦/ ح٣٦٩٠) وقد تم تخريجه مستوفيًا برقم (١٠) مغنى.

(10) أخرجه النسائى (٧/ ح٤٣٥٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤١٨) وقد تم تخريجه مستوفيًا برقم (١٢) مغنى.

قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المُعطِي والمُعْطَى لأنه لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل، فلا وجه لتوقيفه(*) على اللفظ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة فى البيع، واكتفينا بدلالة الحال فى دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان، فإذا اكتفينا بالمعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال، وأنها تنقل الملك من الجانبين، فلأن نكتفى به فى الهبة أولى.

فصل: والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه، وفيما ينقل بالنقل وفى المشاع بتسليم الكل إليه فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب: وكل الشريك فى قبضه لك ونقله، فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما، فينقله ليحصل القبض، لأنه لا ضرر على الشريك فى ذلك ويتم به عقد شريكه.

والنسائى، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح، لأنه لا يمنع صحته فى البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه دون صاحبه.

9- **مسألة: (وتصح هبة ما يجوز بيعه، لأنه تمليك فى الحياة فصح كالبيع، وتصح هبة الكلب وما يباح الانتفاع به من النجاسات)** لأنه تبرع فجاز فى ذلك كالوصية، ومتى قلنا: إن القبض شرط فى الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه منه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، لأنه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع، فإن وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح، لإمكان قبضه وليس بغير الغاصب القبض إلاَّ بإذن الواهب، فإن وكل المالك الغاصب فى تقبيضه صح، وإن وكل المتهب الغاصب فى القبض له فقبل فى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضًا وملكه المتهب وبرئ الغاصب من ضمانه، وإن قلنا: القبض ليس شرطًا فى الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يعتبر فى صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبى ثور، لأنه تمليك بلا عوض أشبه الوصية، ويحتمل أن لا تصح هبته، لأنه لا يصح بيعه أشبه الحمل فى البطن، وكذلك يخرج فى هبة الطير فى الهواء أو السمك فى الماء إذا كان مملوكًا.

10- **مسألة: (ولا تصح هبة المجهول كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع)**.

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور، لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه، وفى الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه، ومتى أذن له فى جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة، وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه، أو جفته لم يصح، وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم لهم مخالفًا، ولا تصح هبة

(*) فى المطبوعة: لتوقفه.

فـصل: وتصح هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعى، قال الشافعى: سواء فى ذلك ما أمكن قسمته، أو لم يمكن، وقال أصحاب الرأى: لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته لأن القبض شرط فى الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه، وإن وهب واحد اثنين شيئًا مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة، وجاز عند صاحبيه، وإن وهب اثنان اثنين شيئًا مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم، لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع.

ولنا: أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ: «ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم»(١٠) رواه البخارى وهذا هبة المشاع، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبى ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لى فقال النبى ﷺ: «ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لك»(١١).

المعدوم كالذى تحمل أمته أو شجرته، لأن الهبة عقد تمليك فى الحياة فلم تصح فى هذا كله كالبيع.

فصل: قد ذكرنا أن **هبة المجهول لا تصح**، نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وحرب، وبه قال الشافعى، قال شيخنا: ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة، لأنه غرر فى حقه، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها، لأنه لا غرر فى حقه فلم يعتبر فى حقه العلم بما يوهب له كالوصية، وقال مالك: تصح هبة المجهول، لأنه تبرع فصح فى المجهول كالنذر والوصية.

ولنا: أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح فى المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية فأما ما لا يقدر على تسليمه فتصح هبته فى أحد الاحتمالين إذا قلنا إن القبض ليس بشرط فى صحة الهبة، وقد ذكرناه.

١١- مسألة: (ولا يجوز تعليقها على شرط، ولا شرط ما ينافى مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها).

لا يصح تعليق الهبة على شرط، لأنها تمليك لعين فى الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبى ﷺ لأم سلمة: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشى فهى لك» كان وعدًا لا هبة، ومتى شرط شرطًا ينافى مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو

---

(١٠) أخرجه أبو داود (٣/ ح٢٦٩٤) والنسائى (٦/ ح٣٦٩٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٨٤، ٢١٨) من حديث عبد الله بن عمرو، وأخرجه البخارى فى «التاريخ الصغير» (١/ ٥) والطبرانى فى «الصغير» (١/ ٢٣٧).

(١١) انظر ما تقدم فى الحديث السابق، **الكبة من الشعر**: الخصلة المجتمعة منه.

وروى عمرو بن سلمة الضمرى قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذى عقره، فقال: يا رسول الله شأنكم الحمار، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس، رواه الإمام أحمد والنسائى(١٢)، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم، ولأنه مشاع، فأشبه ما لا ينقسم، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح فإنه لم يمنع صحته فى البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه دون نصيب صاحبه.

بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلانًا شيئًا لم يصح الشرط رواية واحدة، وفى صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع.

12- مسألة: (ولا توقيتها كقوله: وهبتك هذا سنة).

إذا وقت الهبة كقوله: وهبتك هذا سنة، ثم يعود إلىَّ لم يصح، لأنه عقد تمليك لعين فلم تصح مؤقتًا كالبيع.

فصل: وإن وهب أمة واستثنى ما فى بطنها صح فى قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها، لأنه تبرع بالأم واستثنى ما فى بطنها أشبه العتق، وبه يقول فى العتق: النخعي وإسحاق وأبو ثور، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما فى بطنها، وقد ذكرناه فى البيع، وقال أصحاب الرأى: تصح الهبة ويبطل الاستثناء.

ولنا: أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به.

13- مسألة: (إلاَّ فى العمرى والرقبى وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرك أو حياتك، فإنه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده).

العمرى والرقبى نوعان من أنواع الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول: أعمرتك دارى هذه أو هى لك عمرك أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتقييدها بالعمر، والرقبى أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو هى لك حياتك على أنك إن مت قبلى عادت إلىَّ وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك فكأنه يقول: هى لآخرنا موتًا، ولذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وهما جائزان فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح لقول النبى ﷺ: «لا تعمروا ولا ترقبوا»(11).

---

(١٢)أخرجه النسائى (٧/ ح٤٣٥٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤١٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٧١) ومالك فى الموطأ (١/ حج/ ٧٩/ ٣٥١) وابن حبان (٧/ ٢٨٤/ إحسان).

(11)أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٥٦) بلفظ: «لا ترقبوا ولا تعمروا فمن أرقب شيئًا أو أعمره فهو لورثته» من حديث جابر، والنسائى (٦/ ح٣٧٣٤) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.

فصل: ومتى قلنا إن القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه، كالعبد الآبق والجمل الشارد، والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه، وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع، وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح، لأنه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب، فإن وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضًا وملكه المتهب وبرئ الغاصب من ضمانه، وإن قلنا: القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور، لأنه تمليك بغير عوض أشبه الوصية، ويحتمل أن لا تصح هبته، لأنه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن، وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسمك في الماء إذا كان مملوكًا.

ولنا: ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها»[12] رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن، فأما النهي فإنما ورد على وجه الإعلام لهم أنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شيء، وسياق الحديث يدل عليه فإنه قال: «فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًا وميتًا وعقبه» ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها، فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة، أما إذا كان صحة المنهي ضررًا على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض، وصحة العمرى ضرر على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض، إذا ثبت ذلك فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروى ذلك عن عليٍّ، وقال مالك والليث: العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فيه، فإن مات عادت إلى المعمر وإن قال: له ولعقبه كان سكناها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر، واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال: سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها فقال القاسم: ما أدركت الناس إلاَّ على شروطهم في أموالهم وما أعطوا، وقال إبراهيم الحربي عن ابن الأعرابي: لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والأفقار والمنحة والعارية والسكنى والأطراق إنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له، ولأن التمليك لا يتأقت كما لو باعه إلى مدة، فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع، لأنه يصح توقيته.

---

(12) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٥٨) والنسائي (٦/ ح٣٧٤٢) والترمذي (٣/ ح١٣٥١) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٣) فيه: «لمن أعمرها، ولمن أرقبها» بدلاً من «أهلها» وأحمد في مسنده (٣/ ٢٩٧، ٣٠٣) وإسناده صحيح.

فـــصل: ولا تصح هبة الحمل فى البطن واللبن فى الضـرع، وبهذا قـال أبو حنيـفة، والشافعى وأبو ثور: لأنه مجهول، معجـوز عن تسليمه، وفى الصوف على الظهر وجهان بناء على صـحة بيعـه، ومتى أذن له فى جـز الصوف وحلب الـشاة كان إباحـة، وإن وهب دهن سمسمه قـبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح، وبهذا قال الثـورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم لهم مخالـفًا ولا تصح هبة المعدوم كـالذى تثمر شجرته أو تحـمل أمته لأن الهبة عقد تمليك فى الحياة فلم تصح فى هذا كله كالبيع.

فـصل: قال أحمد فى رواية أبى داود وحرب: **لا تصح هبة المـجهول**، وقال فى رواية حرب: إذا قـال: شاة من غنمى يعنى وهبـتها لـك لم يجز، وبه قال الشـافعى، ويحـتمل أن الجهل إذا كان فى حق الواهب مـنع الصحة لأنه غرر فى حقـه، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه غرر فى حـقه فلم يعتبر فى حقه العلم بما يوهب له كـالموصى له، وقال مالك: تصح هبة المـجهول، لأنه تبرع فـصح فى المجهول كـالنذر والوصية، ووجه الأول أنـه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح فى المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية.

فـصل: ولا يصح تعليق الهبة بشرط لأنها تمليك لمعين فى الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كـالبيع فـإن علقهـا على شرط كقـول النبى ﷺ لأم سلمة: «إن رجـعت هديتنا إلى النجاشـى فهى لك»[١٣] كان وعدًا، وإن شرط فى الهبة شروطًا تنـافى مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبـه أو لا تبيعه، أو بشرط أن تهبه أو تبيـعه أو بشرط أن تهب فلانًا شيئًا لم يصح الشرط وفى صحه الهبة وجهان، بناء على الشروط الفاسدة فى البيع، وإن وقَّت

ولنا: ما روى جابر قـال: قال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أمـوالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيّا وميتًا ولعقبه»[13] رواه مسلم، وفى لفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له» متفق عليه[14]، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رقبى، فمن أرقب شيئًا فهو له حياته وموته»[15] وعن زيد بن ثابت أن النبى ﷺ جعل العـمرى للوارث[16]، وقد روى مالك حديث العـمرى فى موطئة[17]،

---

(١٣) تقدم برقم (٧) مغنى.

(13) أخـرجه مـسلم (٣/ هبات/ ٢٦/ ١٢٤٦، ١٢٤٧) وأبـو داود (٣/ ح٣٥٥٩) بنحوه، والنسـائى (٦/ ح٣٧٣٩، ٣٧٤٠) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣١٢، ٣٨٦).

(14) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٢٥/ ١٢٤٦) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٠) والنسائى (٦/ ح٣٧٥٣) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٠٤، ٣٩٣).

(15) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٢) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.

الرقبى أن يقول: هو للآخر منى ومنك موتًا.

(16) وأخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨١) وأحمد فى مسنده (٥/ ١٨٩) وإسناده صحيح.

(17) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ص٧٥٦) من كتاب الأقضية.

الهبة، فقال: وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح، لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتًا كالبيع.

فصل: وإن وهب أمة واستثنى ما فى بطنها صحة فى قياس قول أحمد: فيمن أعتق أمه واستثنى ما فى بطنها، لأنه تبرع بالأم دون ما فى بطنها، فأشبه العتق، وبه يقول فى العتق النخعى وإسحاق وأبو ثور، وقال أصحاب الرأى: تصح الهبة ويبطل الاستثناء.

ولنا: أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به.

فصل: وإذا كان له فى ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه، وإن رد ذلك فلم يقبله، لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق، وإن قال: تصدقت به عليك صح، فإن القرآن ورد فى الإبراء بلفظ الصدقة، بقول الله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا﴾ (النساء: ٩٢) وإن قال عفوت لك عنه صح، لأن الله تعالى قال: ﴿إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾

وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس(18)، ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة(19)، وقول القاسم لا يقبل فى مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل فى مخالفة سيد المرسلين؟ ولا يصح دعوى إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم، وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان، وقول ابن الأعرابى إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة، كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، وقولهم: إن التمليك لا يتأقت، قلنا: فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكًا مطلقًا، فإن قال فى العمرى: إنها للمعمر وعقبه كان توكيدًا لحكمها وتكون للمعمر ولورثته، وهو قول جميع القائلين بها.

14- مسألة: (وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته، أو قال: هى لآخرنا موتًا صح الشرط، وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده).

أما إذا شرط رجوعها إلى المعمر عند موته، أو قال: هى لآخرنا موتًا أو إذا مت عادت إلىَّ إن كنت حيًا أو إلى ورثتى ففيه روايتان:

إحداهما: صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر، وبه قال القاسم ابن محمد ويزيد بن قسيط والزهرى وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب ومالك وأبو

---

(18) أخرجه النسائى (٣/ ٣٧٢٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وأيضًا (٣/ ٣٧٣٠) من حديث جابر، وأيضًا (٣/ ح٣٧٣٥) من حديث ابن عمر، وابن ماجه (٢/ ٢٣٨٢).

(19) أخرجه مسلم (٣/ ٣٢/ ١٢٤٨) من كتاب الهبات، بلفظ: «العمرى جائزة» من حديث أبى هريرة رضي الله عنه، وأبو داود (٣/ ح٣٥٤٨) بلفظ مسلم، والنسائى (٦/ ح٣٧٥١، ٣٧٥٧، ٣٧٥٩) بلفظ أبى هريرة والنسائى (٦/ ٣٧٢٢، ٣٧٢٥) من حديث زيد بن ثابت.

(البقرة: ٢٣٧) يعنى به الإبراء من الصداق، وإن قال: أسقطته عنك صح، لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له، وإن قال ملكتك إياه صح، لأنه بمنزلة هبته إياه.

فصل: فإن وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعه إياه لم يصح، وبه قال فى البيع أبو حنيفة والثورى وإسحاق، قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضًا فبعه من الذى هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة، وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضًا بما لك عليه، وقال الشافعى: إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع، لأنه معجوز عن تسليمه، وإن كان على ملىء باذل له ففيه قولان: أحدهما: يصح، لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمة فصح كما لو اشترى فى ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقايضان فى المجلس لئلا يكون بيع دين بدين.

ولنا: أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، فأما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح، لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان.

فصل: تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته، وقال أبو حنيفة: تصح مطلقًا، وقال الشافعى: لا تصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال: أبرأتك من درهم إلى ألف، لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر، فإذا رضى بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة.

ولنا: أن النبى ﷺ قال لرجلين اختصما إليه فى مواريث درست: «اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا» رواه أبو داود[١٤]، ولأنه إسقاط فصح فى المجهول والطلاق وكما لو

ثور وداود وهو أحد قول الشافعى لما روى جابر قال: إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هى لك ولعقبك، فأما إذا قال: هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها، متفق عليه[20]، وروى مالك فى موطئه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذى أعطيها لا ترجع إلى من أعطاها»[21] لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، ولقول النبى ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»[22] وقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا على شروطهم فى أموالهم.

---

(١٤) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٨٤) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٢٠) والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ٩٥) والبيهقى فى «السنن» (٦/ ٦٦) والدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢٣٩) من طريق أسامة بن يزيد عن عبد الله بن رافع عن أم سلمة... وفيه أسامة بن يزيد وهو الليثى قال الحافظ فى التقريب: صدوق يهم وإسناده حسن إن شاء الله تعالى.

(20) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٢٣/ ١٢٤٦) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٥) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٩٤).

(21) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ أقضية/ ٤٣/ ٧٥٦) وأخرجه أيضًا مسلم (٣/ هبات/ ٢٠/ ١٢٤٥) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٣) والنسائى وأحمد.

(22) تقدم فى المسألة رقم (٧٠٢) برقم (٢١) مغنى.

قال من درهم إلى ألف، ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سدّا لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق، وأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفًا من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه، لأن فيه تغريرًا بالمشترى وقد أمكن التحرز منه، وقال أصحابنا: لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان: **أحدهما:** صحتها، لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها، **والثاني:** لا تصح، لأنه أبرأة مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراء في الحقيقة، وأصل الوجهين ما لو باع مالاً كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه، وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح؟ فيه وجهان، وللشافعي قولان في البيع، وفي صحة الإبراء وجهان.

٩٣٣- مسألة: قال: **(ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره).**

وجملة ذلك: أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله، لأنه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم مقامه في ذلك فإن كان له أب أمين فهو وليه، لأنه أشفق عليه وأقرب إليه، وإن مات أبوه الأمين وله وصى فوليه وصيه، لأن الأب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصى فأمينه الحاكم، ولا يلى ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه، وكذلك وكيل الأب والوصى فيقوم كل واحد منهم مقام الصبى في القبول والقبض إن احتيج إليه لأن ذلك قبول لما للصبى فيه حظ فكان إلى الولى كالبيع والشراء، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء، قال أحمد في رواية صالح في صبى وُهِبَتْ له هبة أو تُصُدِّقَ عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر فقال: لا أعرف للأم قبضًا ولا يكون إلا للأب، وقال عثمان ﷺ: أحق من يجوز على الصبى أبوه، وهذا

والثانية: أنها تكون للمعمر أيضًا ولورثته ويبطل الشرط، وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة، قال شيخنا: وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي ذكرناها، ولقول رسول الله ﷺ: «لا رقبى، فمن أرقب شيئًا فهو له حياته وموته» قال مجاهد: والرقبى هو أن يقول: هي للآخر مني ومنك موتًا، قال مجاهد: سميت بذلك لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وروى الإمام أحمد بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا عمرى ولا رقبى، فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو له حياته وموته»[23] وهذا صريح في إبطال الشرط، لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله، فأما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه، وإنما نقل لفظ النبي ﷺ قال: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيّا وميتًا ولعقبه»[24]

(23) أخرجه أحمد في مسنده (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.

(24) تقدم برقم (13).

مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافًا، لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه والولى نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإن الصبي قد يكون فى مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصى، ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات، فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك، ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم، وإن كان الصبى مميزاً فحكمه حكم الطفل فى قيام وليه مقامه لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ، إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح، لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولى فههنا أولى ولا يحتاج إلى إذن الولى ههنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه، فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول، لأن القبض يحصل به مستوليًا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعته، وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده.

ولأننا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة، والهبة لا يجوز فيها التأقيت، وإنما لم يفسدها الشرط لأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما شرط ذلك على ورثته، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه.

ولنا: قوله فى الحديث الآخر لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبى سلمة بن عبد الرحمن، كذلك رواه ابن أبى ذئب، وفصل هذه الزيادة فقال: عن النبى ﷺ أنه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهى له بتلة لا يجوز للمعطى فيها شرط ولا مثنوية قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

فصل: والرقبى كالعمرى، قال أحمد: هى أن يقول: هى لك حياتك فإذا مت فهى لفلان، أو هى راجعة إلىّ وهى كالعمرى فيما إذا شرط عودها إلى المعمر، قال على رضي الله عنه: العمرى والرقبى سواء، وقال طاوس: من أرقب شيئًا فهو سبيل الميراث، وقال الزهرى: الرقبي وصية يعنى: أن معناها إذا مت فهذا لك، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة: الرقبى باطلة لما روى أن النبى ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى، لأن معناها أنها للآخر منا وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر.

ولنا: ما ذكرنا من الأحاديث، وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم أن معناها ما ذكروه، بل معناها أنها لك حياتك فإن مت رجعت إلىَّ فتكون كالعمرى سواء، لأنه زاد شرطها لورثة المرقب إن مات المرقب قبله، وهذا يبين تأكيدها على العمرى.

فصل: وتصح العمرى في الحيوان والثياب، لأنها نوع هبة فصحت فى ذلك كسائر

فصل: فإن وهب الأب لابنه شيئًا قام مقامه فى القبض والقبول إن احتيج إليه، قال ابن المنذر[١٥]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل دارًا بعينها أو عبدًا بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز، ثم إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابنى وقبضته له، لأنه يغنى عن القبول كما ذكرنا، ولا يغنى قوله قد قبلته لأن القبول لا يغنى عن القبض، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله: قد وهبت هذا لابنى، ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول، قال ابن عبد البر[١٦]: أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير فى حجره لا يحتاج إلى قبض، وأن الإشهاد فيها يغنى عن القبض، وإن وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهرى عن ابن المسيب أن عثمان قال: من نحل ولدًا له صغيرًا لم يبلغ أن يحوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهى جائزة، وإن وليها أبوه[١٧]، وقال القاضى: لا بد فى هبة الولد من أن يقول: قد قبلته، وهذا مذهب الشافعى، لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن

الهبات، وقد روى عن أحمد يعمر الجارية أنه قال: لا أرى له وطأها، قال القاضى: لم يتوقف أحمد فى وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطء استباحة فرج، وقد اختلف فى العمرى فجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز.

فصل: وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة فى غير العمرى والرقبى كقوله وهبتك هذا سنة، أو إلى أن يقدم الحاج، أو إلى أن يبلغ ولدى أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح، لأنها تمليك للرقبة فلم تصح موقتة كالبيع، وتفارق العمرى والرقبى، لأن الإنسان إنما يملك الشىء عمره، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مؤقت به فى الحقيقة فصار ذلك كالمطلق.

فصل: فأما إن قال: سكناها لك عمرك فله أخذها فى أى وقت أحب، وكذلك إن قال: اسكنها أو أسكنتكها عمرك أو نحو ذلك فليس هذا عقدًا لازمًا، لأنه فى التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئًا فشيئًا فلا تلزم إلا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى، على هذا للمسكن الرجوع متى شاء، وتبطل بموت من مات منهما، وبه قال أكثر أهل العلم منهم: الشعبى والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال الحسن وعطاء وقتادة: هى كالعمرى يثبت فيها مثل حكمها، وحكى عن الشعبى أنه قال: إذا قال: هى لك اسكن حتى تموت فهى له حياته وموته، وإن قال: دارى هذه اسكنها حتى تموت

---

(١٥) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (١٢٥/ ٦٠٠).

(١٦) ذكره ابن عبد البر فى التمهيد (٧/ ٢٤١).

(١٧) قال ابن عبد البر (٧/ ٢٤٢) رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب... فذكره.

الأحوال ودلالتـها تغنى عن لفظ القـبول، ولا أدل على القـبول من كون القـابل هو الواهب، فاعتبار لفظ لا يفـيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مـخالفته لظاهر حال النبى ﷺ وصحابته، وليس هذا مذهبًا لأحمد فقد قال فى رواية حرب فى رجل أشهد بسهم من ضيعتـه ـ وهى معروفة لابنه وليس له ولد غيره ـ فقـال: أحب إلى أن يقول عند الإشهاد: قد قبضته له، قيل له: فإن سها؟ فقال: إذا كان مفرزًا رجوت، فقد ذكر أحمد أنه يكتفى بقوله قد قبضته وأنه يرجو أن يكتفى مع التميز بالإشهاد فحسب، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا: يكتفى بأحد لفظين: إما أن يقول قد قبلته أو قبضته، لأن القبـول يغنى عن القبض، وظاهر كلام أحمـد ما ذكرناه، ولا فرق بين الأثـمان وغيرها فـيما ذكرنا، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وقال مالك: إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره، لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغـير سببه، ولا يمكن أن يشهد على شىء بعينه فلا ينفع القبض شيئًا.

فإنها ترجع إلـى صاحبها، لأنه إذا قـال: لك فقد جعل له رقبـتها فتكون عـمرى، وإذا قال: اسكن دارى هذه فإنما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية.

ولنا أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازمًا كـالعارية، وفارق العمرى فإنها هبة الرقـبة، فأما قوله: هذه لك اسكنها حتى تموت، فإنه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فـأشبـه مـا لو قال: هذه لك سكناها وإذا احـتـمل أنه يريد به الرقبـة، واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال.

فـــصـل: إذا وهب هبة فاسـدة أو باع بيعًا فاسـدًا ثم وهب تلك العين، أو باعهـا بعقد صحيح مـع علمه بفساد الأول صح العـقد الثانى لأنه تصرف فى ملكه، عـالمًا بأنه ملكه وإن اعتقد صحة العقد الأول ففى الثانى وجهان: **أحدهما:** صحته، لأنه تصرف صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الأول، **والثـانى:** لا يصح، لأنه تصرف تصرفًا يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فـبان متطهرًا، وهكذا لو تصرف فى عين يعتقد أنها لأبيه فبان أنه قد مات وملكها الوارث أو غـصب عينًا فباعها يعتقدها مغصـوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين، قال القاضى: أصـل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقدها أجنبـية فبانت امرأته، أو باشر بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمتـه ففى وقوع الطلاق والحرية روايتان، وللشافعية فى هذه المسألة وجهان كما حكينا، والله أعلم.

فـــصـل: قـال الشـيخ: ﷺ: **(والمشـروع فى عطية الأولاد القـسمة بينـهم على قدر ميراثهم).**

ولا خلاف بين أهل العلم من استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل قال إبراهيم: كانوا يستحبون التـسوية بينهم حتى فى القبل، إذا ثبت هذا فالتسوية المسـتحبة أن يقسم بينهم على

ولنا: أن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض.

فصل: وإن كان الواهب للصبى غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا: لا بد من أن يوكل من يقبل للصبى ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما فى البيع، بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندى أن الأب وغيره فى هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب، وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشترى له ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم فى عقده لنفسه، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولى فيه فجاز أن يتولى طرفى العقد كالأب، ولأن البيع منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبى وهو ههنا يعطى ولا يأخذ، فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد إلى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما.

حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وبه قال عطاء وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن، قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده: ارددهم إلى سهام الله وفرائضه، وقال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وابن المبارك: يعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، لأن النبى ﷺ قال لبشير بن سعد: «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله: «أيسرك أن يستووا فى برك» فقال: نعم، قال: «فسو بينهم»[25] والبنت كالابن فى استحقاق برها، فكذلك فى عطيتها، وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «سووا بين أولادكم فى العطية ولو كنت مؤثرًا أحدًا لآثرت النساء على الرجال»[26] رواه سعيد فى سننه، ولأنها عطية فى الحياة فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة.

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى، ولأن العطية فى الحياة إحدى حالتى العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الأنثيين كحالة الموت يعنى: الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغى أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة، ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل أنهما إذا تزوجا جميعًا فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته، وقد قسم الله الميراث ففضل الذكر مقرونًا بهذا المعنى، فيعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية فى الحياة، وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها إنما يثبت حكمها فى مثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبى ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد

---

(25) أخرجه أحمد فى مسنده (٤/ ٢٦٨).

(26) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٧٧) وقد تقدم تخريجه فى الحديث رقم (٢٢) مغنى مفصلاً.

فـصـل: فأما الهبة من الصبى لغيره فلا تصح، سواء أذن فيها الولى أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحفظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده، لأنه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبى، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده، نص عليه أحمد لأنه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالألفاظ وما وهبه لسيده لأنه من اكتسابه فأشبه اصطياده.

٩٣٤- مسألة: قال: **(وإذا فاضل بين ولده فى العطية أمر برده كأمر النبى ﷺ)**.

وجملة ذلك: أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده فى العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل، فإن خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية بأحد الأمرين: إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر، قال طاوس: لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق، وبه قال ابن المبارك، وروى معناه عن مجاهد وعروة، وكان الحسن يكرهه ويجيزه فى القضاء، وقال مالك والليث والثورى والشافعى وأصحاب الرأى: ذلك جائز، وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقًا دون سائر ولده[١٨]، واحتج الشافعى بقول النبى ﷺ فى

ذكر، ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى، ويحتمل أنه أراد التسوية فى أصل العطاء لا فى صفته فإن التسوية لا تقتضى التسوية من كل وجه، وكذلك الحديث الآخر، ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلاَّ على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح فى خبر ابن عباس أنه مرسل.

15- مسألة: (فإن خص بعضهم أو فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا).

قد ذكرنا أن المشروع أن يسوى بين أولاده فى العطية على قدر ميراثهم، فإن خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم أثم إذا لم يختص بمعنى يبيح التفضيل، ووجب عليه التسوية إمَّا برد ما فضل به البعض أو إعطاء الآخر حتى يتم نصيبه، قال طاوس: لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق، وبه قال ابن المبارك، وروى معناه عن مجاهد وعروة، وكان الحسن يكرهه ويخيره فى القضاء، وقال مالك والليث والثورى والشافعى وأصحاب الرأى: يجوز ذلك وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح، لأن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقًا دون سائر ولده، واحتج الشافعى بقول النبى ﷺ فى حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيرى» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها، ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم.

---

(١٨) تقدم برقم (١٠) مسألة (٩٢١).

حديث النعمان بن بشير: «أشهد على هذا غيرى»(١٩) فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها، ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم.

ولنا: ما روى النعمان بن بشير قال: تصدق علىَّ أبى ببعض ماله فقالت أمى عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال: «أكل ولدك أعطيت مثله؟» قال: لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع أبى فرد تلك الصدقة، وفى لفظ قال: «فاردده» وفى لفظ قال: «فارجعه» وفى لفظ: «لا تشهدنى على جور» وفى لفظ: «فأشهد على هذا غيرى» وفى لفظ: «سو بينهم» وهو حديث صحيح متفق عليه(٢٠)، وهو دليل على التحريم، لأنه سماه جورًا وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام والأمر يقتضى الوجوب، ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه، كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها، وقول أبى بكر لا يعارض قول النبى ﷺ ولا يحتج به معه، ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين

ولنا ما روى النعمان بن بشير، قال: تصدق علىَّ أبى ببعض ماله فقالت أمى عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء بى إلى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقتى فقال: «أكل ولدك أعطيت مثله» قال: لا قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع أبى فرد تلك الصدقة، وفى لفظ قال: «فاردده» وفى لفظ: «فارجعه» وفى لفظ: «لا تشهدنى على جور» وفى لفظ: «فلا تشهدنى إذًا» وفى لفظ: «فأشهد على هذا غيرى» وفى لفظ: «سو بينهم»(27) متفق عليه، وفيه دليل على التحريم، لأنه سماه جورًا وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام والأمر يقتضى الوجوب، ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها وخالتها، وقول أبى بكر، لا يعارض قول النبى ﷺ ولا يحتج به مع ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها، ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه، لأن حمله على مثل

---

(١٩) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ١٧) (١٢٤٣، ١٢٤٤) وأبو داود (٣/ ٣٥٤٢) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٧٥) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٧٠).

(٢٠) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/ ح٢٥٨٧/ فتح) وفى لفظ قال: «فارجعه» أخرجه البخارى (٥/ ح٢٥٨٦/ فتح) ومسلم (٣/ هبات) (٩/ ١٢٤٢) ومالك فى الموطأ (٢/ أقضية/ ٣٩/ ٧٥١، ٧٥٢) وفى لفظ قال: «لا تشهدنى على جور» أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ١٦/ ١٢٤٣) وفى لفظ قال: «سو بينهم» أخرجه أحمد فى مسنده (٤/ ٢٦٨).

(27) تقدم برقم (25).

زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها، ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه، لأن حمله على مثل محل النزاع منهى عنه وأقل أحواله الكراهة، والظاهر من حال أبى بكر اجتناب المكروهات، وقول النبى ﷺ: «فأشهد على هذا غيرى» ليس بأمر، لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف فى كراهة هذا، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جورًا؟ وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبى ﷺ على التناقض والتضاد، ولو أمر النبى ﷺ بإشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرده، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهى عن إتمامه، والله أعلم.

فصل: فإن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها، فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله فى تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة، والعطية فى معناه، ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبى ﷺ لم يستفصل بشيرًا فى عطيته، والأول أولى إن شاء الله لحديث أبى بكر، ولأن بعضهم اختص بمعنى يقتضى العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة، وحديث بشير قضية فى عين لا عموم لها، وترك النبى ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال، **فإن قيل:** لو علم بالحال لما قال: «ألك ولد غيره؟» **قلنا:**

محل النزاع منهى عنه وأقل أحواله الكراهة، والظاهر من حال أبى بكر رضي الله عنه اجتناب المكروهات، وقول النبى ﷺ: «فأشهد على هذا غيرى» ليس بأمر، لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف فى كراهة هذا، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده، وتسميته إياه جورًا وحمل الحديث على هذا حمل لحديث رسول الله ﷺ على التناقض ولو أمر النبى ﷺ بإشهاد غيره لامتثل بشير أمره ولم يرده وإنما هو تهديد له فيفيد ما أفاده النهى عن إتمامه.

فصل: فأما إن خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ولكونه يعصى الله تعالى بما يأخذه، فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك، فإنه قال فى تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة والعطية فى معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبى ﷺ لم يستفصل بشيرًا فى عطيته، قال شيخنا: والأول أولى إن شاء الله لحديث أبى بكر، ولأن بعضهم اختص بمعنى يقتضى العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص بالقرابة، وحديث بشير قضية فى عين لا

يحتمل أن يكون السؤال هـهنا لبيان العلة كما قال ﷺ للذى سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس؟» قال: نعم، قال: «فلا إذًا»[٢١] وقد علم أن الرطب ينقص، لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هـهنا.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم فى استحباب التسوية وكراهة التفضيل ، قال إبراهيم: كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى فى القُبَلِ، إذا ثبت هذا: فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وبهذا قال عطاء وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن، قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده: اردده إلى سهام الله تعالى وفرائضه، وقال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وابن المبارك: تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر لأن النبى ﷺ قال لبشير ابن سعد: «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله: «أيسرك أن يستووا فى برك؟» قال: نعم، قال: «فسو بينهم» والبنت كالابن فى استحقاق برها، وكذلك فى عطيتها وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «سووا بين أولادكم فى العطية، ولو كنت مؤثرًا لآثرت النساء على الرجال»[٢٢] رواه سعيد فى سننه، ولأنه عطية فى الحياة فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة.

ولنا: أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى بقسمة الله،

عموم لها وترك النبى ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال، **فإن قيل:** لو علم بالحال لما قال: «ألك ولد غيره؟» **قلنا:** يجوز أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال ﷺ للذى سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس» قال: نعم قال: «فلا إذًا»[28] وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع، والله أعلم.

فصل: والأم فى المنع من المفاضلة بين أولادها كالأب ، لقول النبى ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ولأنها أحد الوالدين أشبهت الأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله فى تخصيص الأم فيثبت لها مثل حكمه فى ذلك.

16- مسألة: (وإن مات قبل ذلك ثبت للمعطى، وعنه لا يثبت وللباقين الرجوع، اختاره أبو عبد الله بن بطة) .

---

(٢١) تقدم فى المسألة (٧٠٧) برقم ٣٢.

(٢٢) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٧٧) فيه: سعيد بن يوسف متفق على ضعفه، وذكره صاحب كنز العمال (٤٥٣٦٠) بلفظه وقال: مرسل، وعزاه إلى ابن عساكر وهو من طريق الأوزاعى قال: حدثنى يحيى بن أبى كثير قال: قال رسول الله ﷺ . . . وذكره وإسناده معضل، فالحديث ضعيف، والله أعلم.

(28) سيأتى فى الحديث رقم (٣٢) مغنى.

ولأن العطية فى الحياة أحد حالى العطية فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين كحالة الموت يعنى: الميراث، يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغى أن تكون على حسبه، كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة، ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل أنهما إذا تزوجا جميعًا فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك، فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر مقرونًا بهذا المعنى فتعلل به، ويتعدى ذلك إلى العطية فى الحياة، وحديث بشير قضية فى عين وحكاية حال لا عموم لها، وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير، هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبى ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر، ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى، ويحتمل أنه أراد التسوية فى أصل العطاء لا فى صفته فإن القسمة لا تقتضى التسوية من كل وجه، وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى، وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل.

إذا فاضل بين ولده فى العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم، وليس لبقية الورثة الرجوع، هذا المنصوص عن أحمد فى رواية محمد بن الحكم والميمونى واختاره الخلال وصاحبه أبو بكر، وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأكثر أهل العلم، وهو الذى ذكره الخرقى، وفيه رواية أخرى: أن لباقى الورثة أن يرتجعوا ما وهبه، اختاره أبو عبد الله بن بطة وأبو حفص العكبريان، وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق، قال أحمد: عروة قد روى الأحاديث الثلاثة: حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان، وتركها وذهب إلى حديث النبى ﷺ: «يرد فى حياة الرجل وبعد موته» وهو قول إسحاق، إلا أنه قال: إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته، لأن النبى ﷺ سمى ذلك جورًا بقوله لبشير: «لا تشهدنى على جور» والجور لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله، والموت لا يغيره عن كونه جورًا حرامًا فيجب رده، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئًا، وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد بإسناده من طريقين: أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم وُلد له بعد ذلك ولد، فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا: إن سعدًا قسم ماله ولم يدر ما يكون، وإنا نرى أن ترد هذه القسمة، فقال: لم أكن لأغير شيئًا صنعه سعد، ولكن نصيبى له، وهذا معنى الخبر، ووجه الرواية الأولى قول أبى بكر لعائشة رضي الله عنها لما نحلها نحلا وددت أنك كنت حزتيه، فيدل على أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع، وقال عمر: لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، ولأنه حق للأب يتعلق بمال الولد فسقط بموته كالأخذ من ماله.

فصل: وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا إعطاؤهم على قدر مواريثهم، سواء كانوا من جهة واحدة كإخوة وأخوات وأعمام وبنى عم، أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال أبو الخطاب: المشروع فى عطية الأولاد وسائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم(*) فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لأنهم فى معنى الأولاد فثبت فيهم مثل حكمهم.

ولنا: أنها عطية لغير الأولاد فى صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين، ولأن الأصل إباحة تصرف الإنسان فى ماله كيف شاء، وإنما وجبت التسوية بين الأولاد بالخبر وليس غيرهم فى معناهم لأنهم استووا فى وجوب بر والدهم فاستووا فى عطيته وبهذا علل النبى ﷺ حين قال: «أيسرك أن يستووا فى برك؟» قال: نعم، قال: «فسو بينهم» ولم يوجد هذا فى غيرهم، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوى بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك فى غيرهم، ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرف ماله إليهم عادة يتنافسون فى ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم(٢٣) فى ذلك غيرهم

فصل: وليس عليه التسوية بين أقاربه ولا إعطاؤهم على قدر ميراثهم، سواء كانوا من جهة واحدة كإخوة وأخوات وبنى عم، أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال أبو الخطاب: المشروع فى عطية سائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالأولاد، فإن خالف فعليه أن يرجع أو يعمهم بالنحلة لأنهم فى معنى الأولاد فثبت فيهم حكمهم.

ولنا: أنها عطية لغير الأولاد فى صحته فلم تجب عليه التسوية، كما لو كانوا غير وارثين، ولأن الأصل إباحة الإنسان التصرف فى ماله كيف شاء، وإنما وجبت التسوية بين الأولاد للخبر، وليس غيرهم فى معناهم لأنهم استووا فى بر والدهم فاستووا فى عطيته، وبهذا علل النبى ﷺ حين قال لبشير: «أيسرك أن يستووا فى برك» قال: نعم، قال: «فسو بينهم» ولم يوجد هذا فى غيرهم، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوى بينهم فى الرجوع بما أعطاه لبعضهم، ولا يمكن ذلك فى غيرهم، ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم، وصرفه ماله إليهم عادة يتنافسون فى ذلك، ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم فى ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم، ولأن النبى ﷺ قد علم أن لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئًا حين أمره التسوية بين أولاده، ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟.

فصل: فإن أعطى أحد ابنيه فى صحته والآخر فى مرضه فقد توقف أحمد فيه، فإنه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه فى مرضه كما أعطى الآخر فى صحته؟ فقال: لو كان أعطاه فى صحته فيحتمل وجهين: **أحدهما:** لا يصح،

(*) فى المنسوخة: مواريثهم.

(٢٣) فى بعض النسخ: يباريهم.

فلا يصح قياسه عليهم ولا نص فى غيرهم، ولأن النبى ﷺ قد علم لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئًا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟.

فصل: والأم فى المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب، لقول النبى ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ولأنها أحد الوالدين فمنعت بالتفضيل كالأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله فى تخصيص الأم بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه فى ذلك.

فصل: وقول الخرقى: أمر برده يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده، وهو ظاهر مذهب أحمد، سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد، وهذا مذهب مالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى ثور، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها، وبها قال أصحاب الرأى والثورى والعنبرى لقول النبى ﷺ: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه»(٢٤) متفق عليه، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها

لأن عطيته فى مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه، **والثانى:** يصح، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، لأن التسوية بينهما واجبة، ولا طريق لها فى هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فصح كقضاء دينه.

فصل: قال أحمد: أحب إلىَّ أن لا يقسم ماله ويدعه إلى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له، فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوى بينهم - يعنى: يرجع فى الجميع - أو يرجع فى بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعه إلى هذا الولد الحادث ليساوى إخوته، فإن أعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للمعطى أن يساوى المولود الحادث بعد أبيه.

17- مسألة: (فإن سوى بينهم فى الوقف أو وقف ثلثه فى مرضه على بعضهم جاز، نص عليه، وقياس المذهب: أن لا يجوز).

إذا سوى بين أولاده فى الوقف الذكر والأنثى جاز، ذكره القاضى وقال: هو المستحب، لأن القصد: القربة على وجه الدوام وقد استووا فى القرابة، وقال شيخنا: المستحب أن يقسم الوقف على أولاده كقسمه الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث، لأنه إيصال للمال إليهم فينبغى أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية، ولأن الذكر فى مظنة الحاجة أكثر من الأنثى، لأن الذكر تجب عليه نفقة زوجته وأولاده، والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة ولدها إذا كان لهم أب، وقد فضل الله سبحانه الذكر على الأنثى فى الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به فينبغى أن يتعدى إلى الوقف، وما ذكره القاضى

---

(٢٤) تقدم برقم (٥) فى أول الكتاب.

إذا لم يرض منها، رواه مالك في الموطأ[٢٥] ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع.

ولنا: قول النبي ﷺ لبشير بن سعد: «فاردده» وروى: «فارجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي فرد تلك الصدقة، وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئًا يخالف ظاهر الحديث لقوله: تصدق على أبي بصدقة، وقول بشير: إني نحلت ابني غلامًا يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ «فاردده» وقوله: «فارجعه» وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده»[٢٦] رواه الترمذي وقال: حديث حسن، وهذا يخص عموم ما رواه ويفسره، وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي فإن فيها أجرًا وثوابًا فإن النبي ﷺ ندب إليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الوالد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله: تصدق عليَّ أبي بصدقة.

لا أصل له وهو ملغى بالميراث، فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روى عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به، وذلك لأن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغيثة منهن بصدقته.

فصل: وأما إذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك، فروى عنه عدم الجواز، فإن فعل وقف على إجازة الورثة، فإنه قال في رواية إسحاق ابن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنته بأرض توقف عليهم فقال: إن لم يرثوه فجائز، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض، اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل، وإليه ذهب الشافعي، **والثانية:** يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه فقيل له: أليس تذهب إلى أنه لا وصية لوارث؟ فقال نعم، والوقف غير الوصية ولأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكًا للورثة بل ينتفعون بغلتها، وقال في رواية أحمد بن الحسن: إنه صرح في مسألته بوقف ثلثه على بعض ورثته

---

(٢٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ أقضية/ ٤٢/ ٧٥٤) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢٦) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٣٩) بلفظ: «لا يحل لرجل...» الحديث، والترمذي (١٣/ ح٢١٣٢) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٧٧) من حديث ابن عباس وابن عمر، وأحمد في مسنده (٥٤٩٣) وإسناده

فصل: وظاهر كلام الخرقى: أن الأم كالأب فى الرجوع فى الهبة لأن قوله: وإذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال فى سياقه: أمر برده فيدخل فيه الأم، وهذا مذهب الشافعى لأنها داخلة فى قوله إلا الوالد فيما يعطى ولده ولأنها لما دخلت فى قول النبى: «سووا بين أولادكم» ينبغى أن يتمكن من التسوية، والرجوع فى الهبة طريق فى التسوية، وربما تعين طريقًا فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثل عطية الأول، ولأنها لما دخلت فى المعنى فى حديث بشير ابن سعد فينبغى أن تدخل فى جميع مدلوله لقوله: «فاردده» وقوله: «فأرجعه» «ولأنها لما ساوت الأب فى تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغى أن تساويه فى التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصًا من الإثم، وإزالة للتفضيل المحرم كالأب، والمنصوص عن أحمد: أنه ليس لها الرجوع قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال: ليس هى عندى فى هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ، وذكر حديث عائشة: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه»(٢٧) أى كأنه الرجل، قال أصحابنا: والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ويحوز جميع المال فى الميراث والأم بخلافه، وقال مالك للأم الرجوع فى هبة ولدها ما كان أبوه حيًا فإن كان ميتًا فلا رجوع لها، لأنها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع، ومن مذهبه أنه لا يرجع فى صدقة التطوع.

دون بعض فقال: جائز، قال الخبرى: وأجاز هذا الأكثرون واحتج أحمد بحديث عمر ﷺ أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغًا صدقة والعبد الذى فيه والسهم الذى بخيبر ورقيقه الذى فيه والمائة وسق الذى أطعمنى محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوى القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقًا(29) رواه أبو داود بنحو من هذا، فالحجة فيه أنه جعل حفصة تلى وقفه وتأكل منه وتشترى رقيقًا، قال الميمونى: قلت لأحمد: إنما أمر النبى ﷺ عمر بالإيقاف وليس فى الحديث الوارث، قال: فإذا كان النبى ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعًا، ولأن الوقف ليس فى معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو معتق الوارث.

ولنا: أنه تخصيص لبعض الورثة بماله فى مرضه فمنع منه كالهبات، ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبى فيما زاد على الثلث، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه، والنزاع إنما هو فى تخصيص بعضهم، وأما جعل الولاية إلى

---

(٢٧)أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٢٨) والترمذى (٣/ ١٣٥٨) والنسائى (٧/ ح٤٤٦١) وابن ماجه (٢/ ح٢٢٩٠) بلفظ: «ما أكلتم. . .» الحديث، وأحمد فى مسنده (٦/ ٣١، ٤١، ٤٢، ١٢٧).

(29)تقدم برقم (6) من كتاب الوقف.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة، وهو قول الشافعى، وفرق مالك وأصحاب الرأى بينهما فلم يجيزوا الرجوع فى الصدقة بحال، واحتجوا بحديث عمر من وهب هبة وأراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع.

ولنا: حديث النعمان بن بشير فإنه قال: تصدق علىَّ أبى بصدقة، وقال: فرجع أبى فرد تلك الصدقة، وأيضًا عموم قول النبى ﷺ: «إلا الوالد فيما يعطى ولده» وهذا يقدم على قول عمر، ثم هو خاص فى الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص.

حفصة فليس ذلك وقفًا عليها فلا يكون ذلك واردًا فى محل النزاع، وكونه انتفاعًا بالغلة لا يقتضى جواز التخصيص بدليل ما لو وصى لوارثه بمنفعه عبد لم يجز، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر، وعلى وفق الدليل الذى ذكرناه، والله أعلم.

فصل: فإن وقف داره وهى تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصفين فى مرض موته صح على رواية الجماعة ولزم، لأنه لما كان يجوز تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى، وعلى الرواية التى نصرناها إن أجازه الابن جاز، وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس، ويرجع إلى الابن ملكًا فيكون له النصف وقفًا والسدس ملكًا طبقًا والثلث جميعه للبنت وقفًا، ويحتمل أن يبطل الوقف فى نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفًا نصفها للابن وربعها للبنت والربع الذى بطل الوقف فيه بينهما أثلاثًا، وتصح المسألة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفًا وسهمان ملكًا، وللبنت ثلاثة أسهم وقفًا وسهم ملكًا، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهى تخرج من ثلثه فرد الابن صح الوقف على الابن فى نصفها وعلى المرأة فى ثمنها، وللابن إبطال الوقف فى ثلاثة أثمانها وترجع إليه ملكًا على الوجه الأول، وعلى الوجه الثانى يصح الوقف على الابن فى نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع إليه باقى نصيبه ملكًا، ويصح الوقف فى أربعة أسباع الثمن الذى للمرأة وباقيه يكون لها ملكًا فاضرب سبعة فى ثمانية تكن ستة وخمسين، للابن ثمانية وعشرون وقفًا وإحدى وعشرون ملكًا، وللمرأة أربعة أسهم وقفًا وثلاثة ملكًا، وهكذا ذكر أصحاب الشافعى، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى ما اخترناه، الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فإن الورث فى جميع المال كالأجنبى فى الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة فإن الوقف يلزم فى الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلهما إبطال الوقف فيه، وللابن إبطال التسوية، فإن اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان: **أحدهما:** أنه يبطل الوقف فى التسع ويرجع إليه ملكًا فيصير له النصف وقفًا والتسع ملكًا وللبنت الثلث وقفًا ونصف التسع ملكًا لئلا تزداد البنت على الابن فى الوقف، وتصح المسألة فى هذا الوجه من ثمانية عشر للابن وتسعة وقفًا وسهمان ملكًا، وللبنت ستة وقفًا وسهم ملكًا، وقال أبو

الخطاب: له إبطال الوقف فى الربع كله ويصير له النصف وقفًا والسدس ملكًا، ويكون للبنت الربع وقفًا ونصف السدس ملكًا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثنى عشر.

18- مسألة: (ولا يجوز لواهب أن يرجع فى الهبة).

لا يختلف المذهب أن غير الأب والأم لا يجوز له الرجوع فى الهبة والهدية، وبه قال الشافعى: وقال النخعى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى: من وهب لغير ذى رحم فله الرجوع ما لم يثب عليها، ومن وهب لذى رحم فليس له الرجوع، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ﷺ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها»(30) رواه ابن ماجه، لقول عمر ﷺ: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها(31) رواه مالك فى الموطأ، ولأنه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية.

ولنا قول النبى ﷺ: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه» وفى لفظ: «كالكلب يعود فى قيئه» وفى رواية: «ليس لنا مثل السوء، العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه» متفق عليه(32)، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا يرجع واهب فى هبته إلا الوالد من ولده»(33) ولأنه واهب لا ولاية له فى المال فلم يرجع فى هبته لذى الرحم المحرم وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى، وقول عمر قد روى عن ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فهى هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها، فإن قبضها باستيفائها فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها وقياسهم منقوض بهبة الأجنبى، فإن فيها ثوابًا وقد جوزوا فيها الرجوع فحصل الاتفاق على أن ما وهب الإنسان لذوى رحمه المحرم غير الوالدين لا رجوع فيها، وكذلك ما وهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فعندنا لا يرجع إلا الوالد، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبى.

فصل: فأما الأب فله الرجوع فيما وهب ولده فى ظاهر المذهب سواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أو لا، وبه قال مالك والشافعى والأوزاعى وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد

(30) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٧) وفى إسناده: إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، وهو ضعيف.

(31) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ أقضية/ ٤٢/ ٧٥٤) عن عمر بن الخطاب ﷺ.

(32) أخرجه البخارى فى الهبة (٣/ ٦٥٩/ صحيح) ومسلم (٣/ هبات/ ٧/ ١٢٤١) وتقدم مستوفيًا فى المسألة رقم (٤٢٤) حديث (٨٣).

(33) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٧٨) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٨٢) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٧٩، ١٨٠) وإسناده صحيح.

رواية أخرى: ليس له الرجوع، وبها قال أصحاب الرأى والثورى والعنبرى لقول النبى ﷺ: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه» متفق عليه، ولما ذكرنا من حديث عمر.

ولنا: قول النبى ﷺ لقيس بن سعد: «فاردده» وروى: «فارجعه» رواه كذلك عن مالك عن الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع فى هبته، وأقل أحوال الأمر: الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع فى هبته لولده، ألا تراه قال فى الحديث: فرجع أبى فرد تلك الصدقة؟ **فإن قيل**:يحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئًا، **قلنا**:هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله: تصدق أبى علىَّ بصدقة، وقول بشير: إنى نحلت ابنى غلامًا يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبى ﷺ: «فاردده» وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبى ﷺ أنه قال: «ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده» (34)رواه الترمذى وقال: حديث حسن، وهذا يخص عموم ما رووه، وقياسهم منقوض بهبة الأجنبى فإن فيها أجرًا وثوابًا فإن النبى ﷺ ندب إليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على جواز الرجوع فى الصدقة بقوله: تصدق علىَّ أبى بصدقة.

فصل:فأما الأم فظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الرجوع، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل؟ قال: ليس هى عندى كالرجل، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والأم لا تأخذ، وذكر حديث عائشة: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه» (35)أى: كأنه الرجل، ولا يصح قياس الأم على الأب لأن للأب ولاية على ولده ويحوز جميع المال فى الميراث بخلاف الأم، ويحتمل أن لها الرجوع وهو ظاهر كلام الخرقى فإنه قال: وإذا فاضل بين أولاده أمر برده فيدخل فيه الأم، وهذا مذهب الشافعى، لأنها داخلة فى قوله: إلا الولد فيما يعطى ولده، ولأنها دخلت فى قول النبى ﷺ: «سووا بين أولادكم» فينبغى أن تتمكن من الرجوع فى الهبة، ولأنه طريق إلى التسوية وربما لا يكون لها طريق غيره إذا لم يمكن أعطت الآخر كما أعطت الأول لأنها ساوت الأب فى تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغى أن تساويه فى التمكن من الرجوع فيما فضلته به تخليصًا لها من الإثم إزالة التفضيل المحرم كالأب، وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى، وقال مالك: للأم الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حيًا فإن كان ميتًا فلا رجوع لها لأنها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع، ومن مذهبه: أنه لا يرجع فى صدقة التطوع.

(34)انظر الحديث رقم (33).

(35)أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٢٨) والترمذى (٣/ ١٣٥٨) وقد تقدم تخريجه فى الحديث (٢٧) مغنى بالتفصيل.

فصل: وللرجوع فى هبة الولد شروط أربعة: أحدها: أن تكون باقية فى ملك الابن فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها، لأنه إبطال لملك غير الوالد، وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذى لم يكن موهوبًا له، وإن عادت إليه بفسخ البيع لعيب أو إقالة أو فلس المشترى ففيه وجهان: أحدهما: يملك الرجوع لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول، فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط، والثانى: لا يملك الرجوع، لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه فأشبه ما لو عاد إليه بهبة، فأما إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه.

فصل: وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرنا ، وهو مذهب الشافعى، وفرق مالك وأصحاب الرأى بينهما فلم يجيزوا الرجوع فى الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر: من وهب هبة أراد بها صلة لرحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع.

ولنا: حديث النعمان فإنه قال: تصدق أبى علىّ بصدقة فرجع أبى فرد تلك الصدقة، وأيضًا قول النبى ﷺ: «إلا الولد فيما يعطى ولده» وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص فى الولد، وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص عليه.

فصل: وللرجوع فى هبة الولد شروط أربعة: أحدها: أن يبقى ملك الابن فيها فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها، لأنه إبطال لملك غير الولد فأشبه غير الموهوب للولد، الثانى: أن تكون العين باقية فى تصرف الولد يملك التصرف فى رقبتها، فإن استولد الأمة لم يملك الرجوع، لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها، وكذلك إن أفلس وحجر عليه أو رهن العين، لأنه يفضى إلى إبطال حق غير الولد، فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع، لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال المنع، والصحيح فى التدبير أنه لا يمنع الرجوع، فإن قلنا: يمنع البيع منع الرجوع كالاستيلاد، وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف فى الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطء والتزويج والإجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو فى عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع، لأنه لا يمنع تصرف الابن فى رقبتها، وكذلك تعليق العتق بصفة وإذا رجع وكان التصرف لازمًا كالإجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك إبطاله، وأما التدبير والمعلق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها فى حق الأب ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذى للابن فيه خيار إما بالشرط أو عيب فى الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع، لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن فى عوض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته.

فصل: الثانى: أن تكون العين باقية فى تصرف الولد بحيث يملك التصرف فى رقبتها فإن استولد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها، وإن رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها، لأن فى ذلك إبطالاً لحق غير الولد، فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع، لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع، فإذا زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب، وهو مذهب الشافعى وجماعة سواه، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج.

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع، وإن قلنا: يمنع البيع منع الرجوع، وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف فى الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير، إن قلنا: لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو فى عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع، لأنه لا يمنع تصرف الابن فى رقبتها وكذلك العتق المعلق على صفة، وإذا رجع وكان التصرف لازمًا كالإجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك إبطاله فكذلك من انتقل إليه، وإن كان جائزًا كالوصية والهبة قبل القبض بطل لأن الابن يملك إبطاله.

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما فى حق الأب، ومتى عاد إلى الابن عاد حكمهما، فأما البيع الذى للابن فيه خيار إما لشرط أو عيب فى الثمن أو غير ذلك فيمنع

فصل: فإن تعلق بها رغبة لغير الولد مثل أن يهب ولده شيئًا فيرغب الناس فى معاملته ويداينونه أو فى مناكحته فيزوجوه أو يهب بنته فتتزوج لذلك، فعن أحمد روايتان: **أولاهما**: ليس له الرجوع، قال أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهب ابنه مالاً: فله الرجوع إلا أن يكون غَرَّ بِهِ قومًا فإن غَرَّ بِهِ فليس له الرجوع، وهذا مذهب مالك لأنه تعلق بها حق غير الابن ففى الرجوع إبطال حقه، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»(36) وفى الرجوع ضرر، ولأن فى هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز ذلك، **والثانية**: له الرجوع لعموم الخبر، وأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه، وإن داينه الناس فأفلس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين.

19- مسألة: (وإن نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع والزيادة للابن، ويحتمل أنها للأب وهل تمنع المتصلة الرجوع؟ على روايتين).

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف نعلمه، والزيادة للولد لأنها حادثة فى ملكه ولا يتبع فى الفسوخ فلا تتبع ههنا، ويحتمل أنها للأب، ذكره القاضى كالرد بالعيب، فإن كانت لزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه

(36) تقدم برقم (٢٦، ٢٨) مغنى فى كتاب الصلح.

الرجوع، لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن فى عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته، وإن وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه، لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه فإن رجع الابن فى هبته احتمل أن يملك الأب الرجوع فى هبته حينئذ، لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد إليه الملك بالسبب الأول، ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع، لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه.

فصل: الثالث: أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد، فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئًا فيرغب الناس فى معاملته وأدانوه ديونًا أو رغبوا فى مناكحته فزوجوه إن كان ذكرًا أو تزوجت الأنثى لذلك، فعن أحمد روايتان: **أولاهما**: ليس له الرجوع، قال أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهب لابنه مالاً: فله الرجوع إلا أن يكون غَرَّ به قومًا فإن غر به فليس له أن يرجع فيها، وهذا مذهب مالك لأنه تعلق به حق غير الابن، ففى الرجوع إبطال حقه وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[(٢٨)] وفى الرجوع ضرر، ولأن فى هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك، **والثانية**: له الرجوع لعموم الخبر، ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه.

فصل: الرابع: أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة فإن زادت فعن أحمد روايتان: **إحداهما**: لا تمنع الرجوع، وهو مذهب الشافعى، لأنها زيادة فى الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة، **والثانية**: تمنع، وهو مذهب أبى حنيفة، لأن

منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم إلاَّ أن نقول: إن الزيادة المنفصلة للأب فلا تمنع الرجوع لأنه يرجع فيهما جميعًا أو يرجع فى الأم ويتملك الولد من مال ولده.

فصل: فإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها، لأنه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله، وإن جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللأب الرجوع فيه، فإن رجع فيه ضمن أرش الجناية، وإن جنى على العبد فرجع الأب فيه فأرش الجناية عليه للابن، لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة، **فإن قيل**: فلو أراد الأب الرجوع فى الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك، فكيف يملك الرجوع فى العبد الجانى إذا أدى أرش الجناية؟ **قلنا**: الرهن يمنع التصرف فى العين بخلاف الجناية، ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا.

فصل: فأما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة إذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان: **إحداهما**: لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعى، لأنها زيادة فى الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة **والثانية**: تمنع وهو مذهب أبى حنيفة، لأن الزيادة

---

(٢٨) تقدم برقم (٢٦) فى المجلد الخامس من كتاب الصلح.

الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع فى الأصل لئلا يقتضى إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب فى عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع فى المبيع لفلس المشترى، ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشترى وقد رضى ببدل الزيادة، وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضًا بعرض فزاد أحدهما ووجد المشترى الآخر به عيبًا، قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكأن الفسخ وجد منه، ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول: لا صداق لها كما لو فسخته، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة فى العين كالسمن والطول ونحوهما، أو فى المعانى كتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو إسلام أو قضاء دين عنه، وبهذا قال محمد بن الحسن: وقال أبو حنيفة: الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع.

ولنا: أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة، وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات، وإن كانت زيادة العين أو التعليم لا تزيد فى قيمته شيئًا أو ينقص منها لم يمنع الرجوع، لأن ذلك ليس بزيادة فى المالية وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه والزيادة للولد لأنها حادثة فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فلا تتبع هنهنا، وذكر القاضى وجهًا

للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع فى الأصل لئلا يفضى إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص، ولأنه فسخ استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب فى عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ورجوع البائع فى المبيع لفلس المشترى وفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشترى وقد رضى ببذل الزيادة وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضًا فرد أحدهما ووجد المشترى بالآخر عيبًا، قلنا: بائع المعيب سلط المشترى على الفسخ ببيعه المعيب فكأن الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة فى العين كالسمن والطول ونحوهما، أو فى المعانى كتعلم صناعة أو كتابة أو قرآن أو علم أو إسلام أو قضاء دين عنه، وبهذا قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لا تمنع الرجوع.

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم صنعة، وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد فى قيمته شيئًا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع، لأنه ليس بزيادة فى المالية.

آخر أنهـا للأب، وهو بعيـد، فإن كانـت الزيادة ولد أمة لا يجوز الـتفريق بينه وبيـن أمه منع الرجوع، لأنه يلزم منه التـفريق بينه وبين أمـه وذلك محرم إلا أن نقول: إن الـزيادة المنفصلة للأب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيهما جميعًا أو يرجع فى الأم ويتملك الولد من مال ولده.

فـصل: وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع، لأن العين لم تزد ولا القيـمة وإن زادت قيمـتها فهى زيادة مـتصلة هل تمنع الرجوع أم لا؟ يـبنى على الروايتين فى السمنـة، ويحتمل أن تمـنع هذه الزيادة الرجوع بكل حـال لأنها حـاصلة بفعل الابن فـجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن، فإنه يحتمل أن يكون للأب فلا يمنع الرجوع لأنه نماء العين فيكون تـابعًا لها، وإن وهبه حاملاً فولدت فى يد الابن فـهى زيادة متصلة فى الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا: الحـمل لا حكم له، وإن وهبه حاملاً ثم رجع فيها حاملاً جاز إذا لم تزد قيمتـها وإن زادت قيمتها فهى زيادة منفصلة (*)، وإن وهبتـه حائلاً فحـملت فهى زيادة منفصلة ولـه الرجوع فيهـا دون حملها، وإن قلـنا: إن الحمل لا حكم له فزادت به قيـمتها فـهى زيادة متصلة، وإن لم تزد قيـمتها جـاز الرجوع فيها، وإن وهـبه نخلاً فحملت فهى قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة.

فـصل: فإن قصر العين أو فصلهـا فهى زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا؟ مبنى على الروايتيـن فى السمن، قال شـيخنا: ويحـتمل أن تمنع هذه الـزيادة الرجوع بكل حـال، لأنها حاصلة بفعل الابن فجـرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السـمن فإنه يحتمل أن يكون للأب فلا يمنع الرجوع، لأنه نماء العين فيكون تابعًا لها، وإن وهبه حاملاً فولدت فى يد الابن فهى زيادة متـصلة فى الولد، ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفـصلة إذا قلنا: الحمل لا حكم له، وإن وهبه حاملاً ثم رجع فيها حاملاً جاز إذا لم تزد قـيمتها، وإن زادت قيمتها فهى زيادة متصلة، وإن وهب حائلاً فحملت فهى زيادة منفـصلة وله الرجوع فيها دون حملها، وإن قلنا: إن الحمل لا حكم له فزادت به قيمتها فـهى زيادة متصلة، وإن لم تزد جاز الرجوع فيها، وإن وهبه نخلاً فحملت فهى قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة.

20- مـسـألة: (وإن باعه المـتهب ثم رجع إليه بفسخ أو إقالة فـهل له الرجوع؟ على وجهين).

إذا خرجت العين عن ملك الابن ببـيع أو هبة ثم عادت إليه بسبب كبـيع أو هبة أو وصية أو إرث أو نحوه لم يملك الأب الرجوع فيها، لأنه عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذى لم يكن مـوهوبًا، وإن عادت إليه بفسخ العيب أو إقالة أو فلس المشترى ففـيها وجهان: **أحـدهمـا:** يملك الرجوع، لأن السبب الـمزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فأشبه ما لو فسخ البيع بالخيار، **والثانى:** لا يملك الرجوع، لأن الملك عاد إليه

(*) فى المطبوعة: متصلة.

فـصـل: وإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنها تتلف على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله، وإن جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللأب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن أرش الجناية، وإن جنى على العبد فرجع الأب فيرجع الأب فيه فأرش الجناية عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة، **فإن قيل:** فلو أراد الأب الرجوع فى الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك، فكيف ملك الرجوع فى العبد الجانى إذا أدى أرش جنايته؟ **قلنا:** الرهن يمنع التصرف فى العين بخلاف الجناية ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا.

فـصـل: والرجوع فى الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتجعتها أو ارتددتها أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، ولا يحتاج إلى حكم حاكم، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لأن ملك الموهوب له مستقر.

ولنا: أنه خيار فى فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط، فأما إن أخذ ما وهبه لولده، فإن نوى به الرجوع كان رجوعًا والقول قوله فى نيته، وإن لم يعلم هل نوى

بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه أشبه ما لو عاد إليه بالهبة، فأما إن عاد إليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع، لأن الملك لم يستقر عليه.

21- **مسألة: (وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع إلا أن يرجع هو)**.

لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه، فإن رجع الابن فى هبته احتمل أن يملك الأب الرجوع فى هبته، لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد إليه الملك بالسبب الأول، ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع، لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لابنه.

22- **مسألة: (وإن كاتبه أو رهنه لم يملك أبوه الرجوع إلا أن ينفك الرهن وينفسخ)**.

أما إذا رهنه الابن فليس للأب الرجوع قبل انفكاك الرهن، لأن فى ذلك إبطال حق غير الولد، فإن انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع، ولأنه عاد إلى صحة تصرف الابن فيه أشبه غير المرهون، وحكم الكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب، وهو مذهب الشافعى وجماعة غيره، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ما ذكرناه.

فـصـل: والرجوع فى الهبة أن يقول: قد رجعت فيها، أو ارتجعتها، أو رددتها، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع ولا يفتقر إلى حكم حاكم، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض، لأن ملك الموهوب له مستقر.

ولنا: أنه خيار فى فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط، فإن أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعًا والقول قوله فى نيته، لأن ذلك لا يعلم إلا منه، فإن مات

الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الأب، فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعًا، لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكمًا يقينًا بأمر مشكوك فيه، وإن اقترنت به قرائن دالة على الرجوع فيه وجهان: **أحدهما**: يكون رجوعًا اختاره ابن عقيل لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ففي الفسخ أولى، ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعًا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لا يكون رجوعًا، وهو مذهب الشافعي، لأن الملك ثابت للموهوب له يقينًا فلا يزول إلا بالصريح، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكتف هاهنا إلا بلفظ يقتضي زواله، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهاهنا أولى، وإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهًا واحدًا، لأنه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود، وإن علق الرجوع بشرط فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح، لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه.

٩٣٥- مسألة: قال: **(فإن مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك في صحته)**.

يعني إذا فاضل بين ولده في العطايا أو خَصَّ بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم، وليس لبقية الورثة الرجوع، هذا المنصوص عن أحمد في رواية

الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم نحكم بأنه رجوع، لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره، فلا نزيل حكمًا يقينيًا بأمر مشكوك فيه، فإن اقترنت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعًا في أحد الوجهين، اختاره ابن عقيل، لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ، ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعًا لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه، والآخر لا يكون رجوعًا، وهو مذهب الشافعي، لأن الملك ثابت للموهوب له يقينًا فلا يزول إلا بالصريح، قال شيخنا ويمكن أن ينبنى هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكتف هاهنا إلا بلفظ يقتضي زواله، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به فهاهنا أولى، فإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل وجهًا واحدًا، لأنه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود، وإن علق الرجوع بشرط فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح، لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه.

23- مسألة: (وعن أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت، لأنها لا تهبه له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها).

اختلفت الرواية عن أحمد في هبة المرأة زوجها، فعنه لا رجوع لها، وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري

محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم، وفيه رواية أخرى عن أحمد: أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبريان، وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق، وقال أحمد: عروة قد روى الأحاديث الثلاثة: حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ: «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهذا قول إسحاق إلا أنه قال: إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته، لأن النبي ﷺ سمى ذلك جورًا بقوله: «لا تشهدني على جور» والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله، والموت لا يغيره عن كونه جورًا حرامًا فيجب رده، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئًا وكان ذلك بعد موت سعد، فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم وُلِدَ بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعدًا قسم ماله ولم يدر ما يكون، وإنا نرى أن ترد هذه القسمة، فقال قيس: لم أكن لأغير شيئًا صنعه سعد ولكن نصيبي له (٢٩)، وهذا معنى الخبر، ووجه القول الأول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلاً وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع، وكذلك قول عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، وقوله: إذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ، لأن العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي إجماعًا، فكذلك لا تنفذ في حق الوارث، قال ابن المنذر (٣٠): أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا، هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي، فإن أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فإنه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته، فقال: لو كان أعطاه في صحته، فيحتمل وجهين: **أحدهما**: لا يصح، لأن عطيته في مرضه كوصيته، ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه، **والثاني**: يصح، لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه.

والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وعطاء وقتادة، لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن يَعْفُونَ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وقال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾ (النساء: ٤) الآية، وعموم الأحاديث، وعنه رواية ثانية: لها الرجوع، قال الأثرم: سمعت أحمد يُسأل عن المرأة تهب ثم

(٢٩) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٧١/ ح٢٩١).

(٣٠) الإجماع لابن المنذر (ص١٢٥).

فـصل: قال أحمد: أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى، لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له فأعجب إلىّ أن يرجع فيسوى بينهم، يعنى يرجع فى الجميع أو يرجع فى بعض ما أعطى كل واحـد منهم ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليـساوى إخوته، فإن كـان هذا الولد الحادث بعـد الموت لم يكن له الرجـوع على إخوته، لأن العطـية لزمت بموت أبيـه إلا على الرواية الأخرى التى ذهب إليـها أبو عبـد الله بن بطة، ولا خلاف فى أنه يستحب من أعطى أن يسـاوى أخاه فى عطيته، ولذلك أمر أبو بكر وعمـر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساووا المولود الحادث بعد موت أبيه.

فـصل: وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه، ومع عدمها صـغيراً كان الولد أو كبيراً بـشرطين: أحدهما: أن لا يجـحف بالابن ولا يضـر به ولا يأخذ شيئًا تعلقت به حاجته، **الثانى:** أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر، نص عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد، وذلك لأنه ممنوع من تـخصيص بعد ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى.

ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث: «إنما يرجع فى المواهب النساء وشرار الـنـاس»[37] وذكر حديث عمـر: إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فـأيما امرأة أعطت زوجها شيئًـا ثم أرادت أن تعتصره فهى أحق[38]، رواه الأثرم، وهذا قول شريـح والشعبى، وحكاه الزهرى عن القضاة.

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب: إذا وهبت له مهرها، فـإن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت، لأنهـا لا تهب إلا مخافة غـضبه أو إضرار بأن يتزوج علـيها، وإن لم يكن سألها وترغب به فهو جائز، فظاهر هذه الرواية أنه متى كـانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضب عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع، لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسًا، وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى: ﴿**فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾ (النساء: ٤) فيكون فيها ثلاث روايات: **إحداها:** ليس لها الرجوع كالأجنبى، **والثانية:** لها الرجوع مطلقًا، لحديث عمر، **والثالثة:** التفصيل الذى ذكرناه.

فـصل: قال رضي الله عنه: **وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويتملكه مع حاجته وعدمها فى صغره وكبره ما لم تتعلق حاجة الابن به .**

إنما يجـوز ذلك بشرطين: **أحـدهمـا:** أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخـذ شيئًا تعلقت به حاجته، **الثـانى:** أن لا يأخذ من مال ولد فيعطيه الآخر، نص عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعد، لأنه ممنوع من تخـصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من

---

(37) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (٩/ ١١١/ ١٦٥٤٤) من كتاب عمر بن عبد العزيز.

(38) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (٩/ ١١٥/ ١٦٥٦٢) من كتاب عمر بن الخطاب بنحوه.

وقد روى أن مسروقًا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها فى سبيل الله وقال للزوج: جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته، لأن النبى ﷺ قال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا»(٣١) متفق عليه، وروى الحسن أن النبى ﷺ قال: «كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين»(٣٢) رواه سعيد فى سننه وهذا نص.

وروى أن النبى ﷺ قال: . «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»(٣٣) رواه الدارقطنى، ولأن ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذى تعلقت به حاجته.

ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم»(٣٤) أخرجه سعيد والترمذى وقال حديث حسن، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال: إن أبى اجتاح مالى فقال:

تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى، وقد روى أن مسروقًا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها فأنفقها فى سبيل الله، وقال للزوج: جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته، لقول النبى ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا»(39) متفق عليه، وروى الحسن أن النبى ﷺ قال: «كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين»(40) رواه سعيد فى سننه، وروى أن النبى ﷺ قال: «لا يحل مال امرئٍ مسلم إلا عن طيب نفسه»(41) رواه الدارقطنى، ولأن ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذى تعلقت به حاجته.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من

---

(٣١) تقدم تخريجه برقم (٨٢) مسألة رقم (٥٩٠).

(٣٢) أخرجه البيهقى فى السنن (١٠/ ٣١٩) من طريق أبى حرة، وتقدم تخريجه مستوفيًا برقم (41) شرح بالتفصيل.

(٣٣) أخرجه أحمد فى مسنده (٥/ ٧٢) والدارقطنى (٣/ ٢٦) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٠٠) من حديث أبى حرة، وانظر الحديث السابق.

(٣٤) تقدم برقم (٢٧) مغنى.

(39) سيأتى برقم (٨٢) مغنى.

(40) أخرجه البيهقى فى السنن (١٠/ ٣١٩) من طريق عبد الرحمن بن يحيى عن حيان بن أبى جبلة قال: قال رسول الله ﷺ ... فذكره. قال البيهقى: هذا مرسل حيان بن أبى جبلة القرشى من التابعين.

(41) أخرجه أحمد فى مسنده (٥/ ٧٢) والدارقطنى (٣/ ٢٦) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٠٠) من طريق أبى حرة، وفى إسناده على بن يزيد بن جدعان وهو ضعيف ولكن يتقوى حديثه بما رواه أبو حميد عند الإمام أحمد فى مسنده (٥/ ٤٢٥) والبيهقى (٦/ ١٠٠) وله طريق أخرى وروايات جمعها الألبانى فى الإرواء (١٤٥٩).

«أنت ومالك لأبيك»(٣٥) رواه الطبراني في معجمه مطولاً، ورواه غيره وزاد: إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم، وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي، فقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه سعيد في سننه(٣٦)، ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبًا لأبيه فقال: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ (الأنعام: ٨٤) وقال ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾ (الأنبياء: ٩٠) وقال زكريا: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ (مريم: ٥) وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ (إبراهيم: ٣٩) وما كان موهوبًا له كان له أخذ ماله كعبده.

وقال سفيان بن عيينة في قوله: ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾ (النور: ٦١) ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله: ﴿بُيُوتِكُمْ﴾ فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالاً لأبيه بقوله: «أنت ومالك لأبيك» فلا تنافي بينهما، وقوله: «أحق به من والده وولده» مرسل، ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته.

كسبكم»(42) أخرجه سعيد والترمذي، وقال حديث حسن، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي اجتاح مالي فقال: «أنت ومالك لأبيك»(43) رواه الطبراني في معجمه مطولاً، ورواه ابن ماجه، وروى أبو داود نحوه، ورواه غيره وزاد: «وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» رواه سعيد في سننه، ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبًا لأبيه فقال: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ (الأنبياء: ٧٢) وقال: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾ (الأنبياء: ٩٠) وقال زكريا: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ (مريم: ٥) وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ (إبراهيم: ٣٩) وما كان موهوبًا له كان له أخذ ماله كعبده، قال سفيان بن عيينة في قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا

---

(٣٥) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٢٩٢) وأحمد في مسنده (٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤) والطبراني في الصغير (٨١) وإسناده صحيح.

(٣٦) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٢٩١) وإسناده صحيح.

(42) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٢٨) والترمذي (٣/ ١٣٥٨) وقد تقدم تخريجه مستوفيًا برقم (٢٧) مغني.

(43) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٢٩٢) وأحمد في مسنده (٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤) والطبراني في الصغير (١/ ٨) وإسناده صحيح.

مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾ (النور: ٦١) ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم، لأنهم دخلوا فى قوله: ﴿مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم، ولأن الرجل يلى مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها، فإن النبى ﷺ جعل مال الابن مالاً لأبيه بقوله: «أنت ومالك لأبيك» ولا تنافى بينهما، وقوله ﷺ: «أحق به من والده وولده» الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق أبيه لا على نفى الحق بالكلية، والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته.

24- مسألة: (فإن تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح تصرفه فيه).

نص عليه أحمد، قال: لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه ما لم يقبضه، فعلى هذا لا يصح إبراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه، وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد قال: إذا وهب الابن من ماله شيئًا فليس لأبيه الاعتراض عليه إلا أن يكون للولد عقار يكفيه ويكفى أباه ولا مال له غيره ولا مال لأبيه، فإن أحمد قال: إن اعترض عليه الوالد رأيت أن يرده الحاكم على الأب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له، ويحل له وطء جواريه، ولو كان الملك مشتركًا لم يحل له الوطء، كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للأب انتزاعه منه كالعين التى وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لأنه تصرف فى ملك غيره بغيره ولاية، وإن كان الابن صغيراً لم يصح أيضًا، لأنه لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه وليس من الحظ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله ، قال أحمد: بين الرجل وبين ولده ربّا، لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام.

25- مسألة: (وإن وطئ جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد عليه ولا مهر، وفى التعزيز وجهان).

قال أحمد: لا يطأ جارية الابن إلا أن يقبضها ـ يعنى يتملكها ـ لأنه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين، فإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها، فإن كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال، فإن وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرمًا من وجهين: **أحدهما**: أنه وطئها قبل تملكها، **والثانى**: أنه وطئها قبل استبرائها، وإن كان الابن وطئها حرمت **بوجه ثالث**: وهو أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه، فإن فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فإن النبى ﷺ أضاف مال الولد إلى أبيه فقال: «أنت ومالك لأبيك» وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة وليس للابن مطالبته بشىء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهر

فــصل: وليس للولد مطالبـة أبيه بدين علـيه ، وبه قال الزبير بن بكار وهو مـقتضى قول سفيان بن عـيينة، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى لـه ذلك، لأنه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره، ولنا: أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ بأبيه يقتضيه دينًا عليه فقال: «أنت ومالك لأبيك» رواه أبو محـمد الخـلال بإسناده(٣٧) ، وروى الزبير بن بكار فى كتاب المـوفقيات بإسناده أن رجلاً استقرض من ابنه مالاً فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن على بن أبى طالب ﷺ وذكر قصته فى شعر فأجابه أبوه بشعر أيضًا فقال على ﷺ :

قَدْ سَمِعَ القَاضِى وَمَنْ رَبِّى الفَهَمْ ... المَـالُ لِلشَّـيخِ جَـزَاءٌ بِالنَّعَمْ
يَـأكُلُـه بِـرَغْـمِ أَنْـفِ مَـنْ رَغِـمْ ... مَنْ قَالَ قَـولاً غَيْـرَ ذَا فَـقَـدْ ظَلَمْ
* وَجَارَ فِى الحُكْمِ وبِئْسَ مَـا جَرَمْ *

ويجب تعزيزه فى أحد الوجهين، لأنه وطئ وطأ محرمًا أشبه وطء الجارية المشتركة، **والثانى**: لا يعزر لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعـزر بالتصرف فى ماله، والأول أولى، لأن التعزير هـهنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على ولده لأنها حق للولد.

فصل: وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه للأحاديث التى ذكرناها لأن الخبر ورد فى الأب بدليل قوله ﷺ : «أنت ومـالك لأبيك» ولا يصح قياس غيـره عليه لأن للأب ولاية على ولده وماله إذا كـان صغيراً وله شـفقة تامة وحق مـتأكد، ولا يسقط ميـراثه بحال، والأم لا تأخذ لأنها لا ولايـة لها، والجد أيضًا لا يلى على مـال ولد ابنه وشفقتـه قاصرة عن شفقة الأب ويحجب به فى الميـراث وفى ولاية النكاح، وغيرهما من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبـيه، لأنه إذا امتنع الأخذ فى حق الأم والجـد مع مشاركتـهما للأب فى بعض المعانى فعـيرهما ممن لا يشارك فى ذلك أولى، ويحتـمل أن يجوز للأم لدخول ولدها فى قول الله تعالى: و﴿أَوْلَادِكُمْ﴾ .

26- مـسـألة: (وليس للابن مطالبة أبيـه بدين ولا قيمة متلـف ولا أرش جناية ولا غير ذلك) .

وبه قال الزبير بن بكار، ومقتضى قول سفيان بن عيينة، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى له ذلك، لأنه دين ثابت فجازت المطالبة به كغـيره، ولنا: أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ بأبيه يقتضـيه دينًا عليه فقال: «أنت ومالك لأبيك» رواه الـخلال بإسناده، وروى الزبير بن بكار فى الموفقيات أن رجلاً اسـتقرض من أبيه مالاً فحبسه فأطال حبسـه فاستعدى عليه الابن علىَّ بن أبى طالب ﷺ، وذكر قصته فى شعر فأجابه أبوه بشعر أيضًا فقال على ﷺ :

قَدْ سَمِعَ القَاضِى وَمِنْ رَبِّى الفَهَمْ ... المَـالُ لِلشَّـيخِ جَـزَاءٌ بِالنَّعَمْ

---

(٣٧) انظر نصب الرايـة (٣/ ٣٣٧ - ٣٣٩) أيضًا وانـظر إرواء الغليل (٨٣٨) وقـد جـمع للحـديث طرقًـا وروايات قلما تجدها فى كتاب غيره.

قال الزبيـر: إلى هذا نذهب، ولأن المال أحد نوعى الحـقوق فلم يملك مطالبة أبيـه بها كحـقوق الأبدان ويفارق الأب غيـره بما ثبت له من الحق على ولده، وإن مات الابن فـانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الأب به، لأن موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى، وإن مات الأب رجع الابن فى تركته بدينه، لأن دينه لم يسـقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة، وقد روى عن أحمـد أنه قال: إذا مات الأب بطل دين الابن، وقـال فيمن أخذ من مهـر ابنته شيئًا فأنفقه فليس عليه شىء ولا يؤخذ من بعده، وما أصابت من المهر من شىء بعينه أخذته، وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن له ما أخذه علـى سبيل التمليك، ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه إياه دليلاً على قصد التمليك فيثبت الملك بذلك الأخذ، والله أعلم.

فـصل: وإن تصرف الأب فى مال الابن قـبل تملكه لم يصح تصرفه، نص عليه أحمد، فقال: لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه مـا لم يقبضه، فعلى هذا لا يصح إبراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعـه له، وذلك لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفـه فيه ويحل له وطِء جواريه ولو كان الملك مشتركًا لم يحل له الوطء، كمـا لا يجوز وطء الجارية المشتركة وإنما للأب انتزاعه منه كالعين التى وهبها إياه، فقـبل انتزاعها لا يصح تصرفه لأنه يتصرف فى ملك غيـره بغيـر ولاية، وإن كان الابن صغـيرًا لم يصح أيضًـا لأنه لا يملك التصـرف بما لا حظ للصغير فيه وليس من الحظ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله.

فـصل: قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربًا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام، وقال: لا يطأ جارية الابـن إلا أن يقبضها، يعنى يتـملكها، وذلك لأنه إذا وطئها قـبل تملكها فقد وطئهـا وليست زوجة ولا ملك يمين، وإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يسـتبرئها لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها وإن كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وإن وطئها قبل تملكه كان محرمًا من وجهين: **أحدهما**: أنه وطئها قبل ملكها، **الثانى**: أنه وطئها

يَـأكُـلُـه بِـرَغْـمِ أَنْـف مَـنْ رَغَـمْ مَنْ قَـالَ قَـولاً غَيْـرَ ذَا فَـقَـدْ ظَلَمْ
* وَجَارَ فِي الحُكْمِ وبِئْسَ مَـا جَرَمْ *

قال الزبيـر: إلى هذا نذهب، ولأن المال أحـد نوعى الحقـوق فلم يملك مطالبـة أبيه به كحقوق الأبدان، ويفارق الأب غيره بمـا يثبت له من الحق على ولده، فإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لـم يملكوا مطالبة الأب، لأن موروثـهم لم يكن له المطالبة فـهم أولى، فإن مات الأب فقيل: يرجع الابن فى تركته بدينه لأن دينه عليه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة، وعن أحـمد: إذا مات الأب بطل دين الابن، وقـال فيمن أخذ من مـهر ابنته شيـئًا فأنفـقه: ليس عليـه شىء ولا يؤخذ من بعده ومـا أصابت من المـهر من شىء بعـينه أخذته، وتأول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سـبيل التمليك، لأن أخذه له وإنفاقه دليل على قصد التمليك فيثبت الملك له بذلك الأخذ، والله أعلم.

قبل استبرائها، وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث: وهى أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه، فإن فعل فلا حد عليه لشبهة الملك، فإن النبى ﷺ أضاف مال الولد إلى أبيه فقال: «أنت ومالك لأبيك» وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر، لأنه من وطء انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبته بشىء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها، وهل يعزر؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: يعزر لأنه وطئ وطأ محرمًا أشبه ما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره، **والثانى**: لا يعزر لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف فى ماله.

27- مسألة: (والهدية والصدقة نوعان من الهبة).

العطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه فى الغالب من أعطى شيئًا ينوى به التقرب إلى الله تعالى للمحتاجين سمى صدقة، وإن دفع إلى غير محتاج للتقرب والمحبة فهى هبة، ومن بعث على هذا إلى إنسان مع غيره سمى هدية، وكل ذلك مستحب مندوب إليه، وأحكام ذلك أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق.

فصل: فى عطية المريض قال الشيخ رحمه الله: **(أما المريض غير مرض الموت أو مرضًا غير مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح من جميع ماله)**.

وجملة ذلك أن عطايا المريض إذا برأ من مرضه أو كان مرضًا غير مخوف كالذى ذكره وكذلك ما فى معناه كالجرب والحمى اليسيرة ساعة أو نحوها والإسهال اليسير من غير دم فعطاياه مثل عطايا الصحيح، لأنه لا يخاف منه فى العادة.

28- مسألة: **وإن كان مرض الموت المخوف** كالبرسام وهو بخار يرتقى إلى الرأس ويؤثر فى الدماغ فيختل عقل صاحبه، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب ووجع القلب والرئة فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فإنه يصفى الدم فيذهب القوة، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام فى بعض الأعضاء ولا ينزل عنه فهذه مخوفة، وإن لم يكن معها حمى وهى مع الحمى أشد خوفًا، وإن ثار الدم واجتمع فى عضو كان مخوفًا، لأنه من الحرارة المفرطة، وإن هاجت به الصفراء فهى مخوفة، لأنها تورث يبوسة، وكذلك البلغم إذا هاج لأنه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها، والطاعون مخوف لأنه من شدة الحرارة إلا أنه يكون فى جميع البدن، وأما الإسهال فإن كان متحرقًا لا يمكنه إمساكه فهو مخوف، وإن كان ساعة لأن من لحقه ذلك أسرع فى هلاكه، وإن كان يجرى تارة وينقطع أخرى فإن كان يومًا أو يومين فليس بمخوف، لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير أو تقطيع كأن يخرج متقطعًا فإنه يكون مخوفًا لأن ذلك يضعف وإن دام الإسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن، وكذلك الفالج فى ابتدائه والسل فى

فصل: **وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه** ، لأن الخبر ورد فى الأب بقوله: «أنت ومالك لأبيك» ولا يصح قياس غير الأب عليه، لأن للأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيراً وله شفقه تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال، والأم لا تأخذ لأنها لا ولاية لها، والجد أيضًا لا يلى على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الأب ويحجب به فى الميراث وفى ولاية النكاح وغيرها من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه لأنه إذا امتنع

انتهائه والحمى المطبقة، وما أشكل من ذلك رجع فيه إلى قول عدلين من الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك، ولا يقبل قول أحد، لأنه يتعلق به حق الوارث والمعطى، وقياس قول الخرقى أنه يقبل قول واحد عدل إذا لم يقدر على طبيبين، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة، ولأن عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطبيب لبنًا فخرج من جرحه فقال له الطبيب: اعهد إلى الناس فعهد إليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته، وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد إلى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده.

فصل: فإن كان المريض يتحقق تعجيل موته فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فلا حكم لكلامه ولا لعطيته، وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر، وكذلك على رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم وصى وأمر ونهى ولم يختلف فى صحة ذلك.

29- مسألة: (فعطاياه كالوصية فى أنها لا تصح لوارث ولا لأجنبى بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة والعتق والكتابة والمحاباة).

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف، والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال والكتابة إذا كانت فى الصحة فهى من رأس المال لا نعلم فى هذا خلافًا، وإن كانت فى مرض مخوف اتصل به الموت فهى من ثلث المال فى قول الجمهور وحكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة أنها من رأس المال.

ولنا ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم» رواه ابن ماجه[44]، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث، وروى عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له فى مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم[45]، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها فى حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية.

---

(44) أخرجه ابن ماجه فى «الوصايا» (٢/ ح٢٧٠٩) وإسناده حسن.

(45) أخرجه مسلم (٣/ أيمان/ ٥٦/ ١٢٨٨).

الأخذ فى حق الأم والجد مع مشاركتهما للأب فى بعض المعانى فغيرهما مما لا يشارك الأب فى ذلك أولى.

فصل: وحكم العطايا فى مرض الموت حكم الوصية فى خمسة أشياء: **أحدها:** أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة، **الثانى:** أنها لا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة، **الثالث:** أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحة لأن النبى ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال: أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان»(46) متفق عليه، **الرابع:** أن العطايا تتزاحم فى الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا فيه، **الخامس:** أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده.

30- مسألة: **(فأما الأمراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والسل فى ابتدائه والفالج فى دوامه فإن صار صاحبها صاحب فراش فهى مخوفة وإلا فلا).**

قال القاضى: إذا كان يذهب ويجىء فعطاياه من جميع المال، هذا تحقيق المذهب، وقد روى حرب عن أحمد فى وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش، وبه يقول الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور، وذكر أبو بكر وجهًا آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعى، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه وإن كان لا يبرأ منه فهو كالهرم.

ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة، وأما الهرم فإن صار صاحب فراش فهو كمسألتنا.

31- مسألة: **(ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو فى لجة البحر عند هيجانه أو وقع الطاعون ببلده أو قدم ليقتص منه والحامل عند المخاض فهو كالمريض).**

وجملة ذلك أن الخوف يحصل فى هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض: **أحدها:** إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال، وكانت كل واحدة منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة، وكذلك إذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة، سواء كان بينهما رمى السهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين فى الدين أو لا، وبه قال مالك والثورى والأوزاعى ونحوه عن مكحول وعن الشافعى قولان: **أحدهما:** كقول الجماعة، **والثانى:** ليس بخوف لأنه ليس بمرض.

ولنا: أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفًا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك، قال أحمد: إذا حضر القتال كان عتقه من الثلث، وعنه إذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة

---

(46) انظر اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان (جـ١/ ص١٨٣/ ح٦١١).

٩٣٦- مسألة: قال: **(ولا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ولا لمُهْدٍ أن يرجع فى هديته وإن لم يثب عليها).**

يعنى وإن لم يعوض عنها، وأراد من عدا الأب، لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع بقوله: «أمر برده» فأما غيره فليس له الرجوع فى هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور، وقال النخعى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى: من وهب لغير ذى رحم فله الرجوع ما لم يثب عليها ومن وهب لذى رحم فليس له الرجوع، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه(٣٨)،

الورثة، فإن حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد، فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوزًا، لكونها فى حكم الوصية، ويحتمل أن يحمل على حقيقته فى صحة الوصية من المال كله، **الثانية:** إذا قدم ليقتل فهى حالة خوف، سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره، وللشافعى فيه قولان: **أحدهما:** مخوف، **والثانى:** إن جرح فهو مخوف وإلا فلا، لأنه صحيح البدن والظاهر العفو عنه.

ولنا: أن التهديد بالقتل جعل إكراهًا يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع، ويبيح كثيرًا من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام، وإذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى، ولا عبرة بصحة البدن فإن المرض لم يكن مثبتًا لهذا الحكم لعينه بل لخوف إفضائه إلى التلف فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف، **الثالثة:** إذا ركب البحر فإن كان ساكنًا فليس بمخوف وإن اضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ الآية إلى قوله: ﴿جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ﴾ (يونس: ٢٢) **الرابع:** الأسير والمحبوس إذا كان من عادتهم القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وابن أبى ليلى وأحد قولى الشافعى، وقال الحسن: لما حبس الحجاج إياس بن معاوية ليس له من ماله إلا الثلث، وقال أبو بكر: عطية الأسير من الثلث ولم يفرق، وبه قال الزهرى والثورى وإسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وتأول القاضى ما روى وهو على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء، وقال الشعبى ومالك: الغازى عطيته من الثلث، وقال مسروق: إذا وضع رجله فى الغرز، وقال الأوزاعى: المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل هو فى ثلثه، والصحيح إن شاء الله ما ذكرناه من التفصيل، لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز إلحاقه به، وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى، **الخامسة:** إذا وقع الطاعون ببلده فعن أحمد أنه مخوف، ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض وإنما يخاف المرض.

---

(٣٨) تقدم برقم (٢٥).

واحتجوا بما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها»[٣٩] رواه ابن ماجه فى سننه، وبقول عمر، ولأنه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية.

فصل: وكذلك الحامل عند المخاض، لأنه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف أشبهت سائر أصحاب الأمراض المخوفة، وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون مخوفًا، وقال الخرقى: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر يعنى عطيتها من الثلث وبه قال مالك، وقال إسحاق: إذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم يحد حدّا وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة: عطية الحامل من الثلث، وقال أبو الخطاب: عطيتها من المال كله ما لم يضربها المخاض، فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث، وبه قال النخعى ومكحول ويحيى الأنصارى والأوزاعى والثورى والعنبرى وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعى، لأنها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق، فأشبهت صاحب الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش، وقال الحسن والزهرى: عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثانى للشافعى، لأن الغالب سلامتها، ووجه قول الخرقى أن ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح إن شاء الله تعالى ما ذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفًا بخلاف ما قبل ذلك، لأنه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح، وقيل عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله، لأنه لا مرض بهم وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك.

فصل: فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف، وإن مات الولد معها فهو مخوف، لأنه يصعب خروجه، فإن وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف، وإن لم يكن شىء من ذلك فقد روى عن أحمد فى النفساء إن كانت ترمى الدم فعطيتها من الثلث، فيحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه ذلك فى الغالب، ويحتمل أن يحمل على ظاهره فإنها إذا كانت ترمى الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام، فإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعى إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

فصل: وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه كأرش جنايته وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافًا، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى، وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال، لأنه صرف ماله فى حاجة نفسه فقدم بذلك على وارثه، وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الأطعمة التى لا يأكل مثله جاز وصح شراؤه له، لأنه

---

(٣٩) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٧) وفى إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع وهو ضعيف.

ولنا: قول النبى ﷺ: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه» وفى لفظ «كالكلب يعود فى قيئه» وفى رواية: «إنه ليس لنا مثل السوء، العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه» (*) متفق عليه، وأيضًا قول النبى ﷺ: «ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده» (٤٠) وقد ذكرناه وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن نبى الله ﷺ قال: «لا

صرف ماله فى حاجته، وإن كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١١)

فصل: فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه وإن لم يف بها ففيه وجهان: **أحدهما:** أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبى حنيفة، لأن حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه، ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك إذا قضاها، **والثانى:** لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعى، لأنه أدى واجبًا عليه فصح كما لو اشترى شيئًا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية، فإنه لو اشترى ثيابًا مثمنة صح، ولو وصى بتكفينه بثياب مثمنة لم يصح، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه.

فصل: وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه، نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده فى مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد إلى الرق، لأن الحق ثبت بالتبرع فى الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره.

32- مسألة: (وإن لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بدئ بالأول فالأول سواء كان الأول عتقًا أو غيره)

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة تقدمت، وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق وإنما كان كذلك، لأن المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوى بينها، لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية، وقال أبو يوسف ومحمد: يقدم العتق تقدم أو تأخر.

ولنا: أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محاباة عند أبى

(*) تقدم برقم «٥» وفى رواية، بلفظ: «كالكلب يعود فى قيئه» أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٦) وفى رواية أخرى بلفظ: «ليس منا...» الحديث، أخرجه البخارى فى الهبة: (٥/ ح٢٦٢٢/ فتح) والترمذى (٣/ ١٢٩٨) والنسائى (٦/ ح٣٧٠٠) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢١٧).

(٤٠) تقدم برقم (٢٦).

يرجع واهب فى هبته إلا الوالد فيما يعطى ولده»[٤١] ولأنه واهب لا ولاية له فى المال فلم يرجع فى هبته كذى الرحم المحرم، وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى، وقول عمر قد روى عن ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فإنما هى هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضها باستيفائها فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها.

فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوى رحمه المحرم غير ولده لا رجوع فيه، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء، فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الأجنبى، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان: **إحداهما:** لا رجوع لها فيها، وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعى وربيعة ومالك والثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وهو قول عطاء وقتادة، **والثانية:** لها الرجوع، قال الأثرم: سمعت أحمد

حنيفة أو عتقًا عند صاحبه، ولأن العطية المنجزة لازمة فى حق المعطى، فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت فى حق الورثة، فلو شاركتها الثانية لمنح ذلك لزومها فى حق المعطى، لأنه يملك الرجوع فى بعضها بعطية أخرى، بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة فى حقه وإنما تلزم بالموت فى حال واحدة فاستويا لاستوائهما فى حال لزومها بخلاف المنجزتين، وما قاله فى المحاباة لا يصح فإنها بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث.

33- **مسألة: (وإن تساوت قسم بين الجميع بالحصص، وعنه يقدم العتق).**

أما إذا وقعت دفعة واحدة بأن وكل جماعة فى هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقًا أقرعنا بينهم فكملنا العتق فى بعضهم، وإن لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم، لأنهم تساووا فى الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس، وإنما خولف هذا الأصل فى العتق لحديث عمران بن حصين وسنذكر ذلك فى موضعه، وإن كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان: **إحداهما:** يقدم العتق لتأكده، **والثانية:** يسوى بين الكل، لأنها حقوق تساوت فى استحقاقها فتساوت فى تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد، لأن استحقاقها حصل فى حال واحدة.

فصل: إذا قال المريض: إذا أعتقت سعدًا فسعيد حر ثم أعتق سعدًا عتق سعيد إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين: **أحدهما:** أن سعدًا سبق بالعتق، **والثانى:** أن عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه فات إعتاق سعيد أيضًا لفوات شرطه، وإن بقى من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه، وإن قال: إن أعتقت سعدًا فسعيد وعمرو حران ثم أعتق سعدًا ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم

(٤١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٧٨) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٨٢) والبيهقى فى السنن (٦/ ١٧٩، ١٨٠) وإسناده صحيح.

يُسأل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال، ثم ذكر الحديث: «إنما يرجع فى المواهب النساء وشرار الأقوام»(٤٢) وذكر حديث عمر أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة، وأيما امرأة أعطت زوجها شيئًا ثم أرادت أن تعتصره فهى أحق به، رواه الأثرم بإسناده(٤٣)، وهذا قول شريح والشعبى وحكاه الزهرى عن القضاة، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها أبو طالب إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها، وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة مسألته لها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منها فله الرجوع، لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها، وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى: ﴿ **فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا** ﴾ (النساء: ٤) وظاهر كلام الخرقى الرواية الأولى وهو اختيار أبى بكر لقول الله تعالى: ﴿ **إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** ﴾ (البقرة:٢٣٧) وقال تعالى: ﴿ **فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا** ﴾ (النساء: ٤) وعموم الأحاديث التى قدمناها.

عتق سعد وحده لما ذكرنا، وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقى من الثلث، لأن عتقهما فى حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطًا فى عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية فى أحدهما وحصول التشقيص فى الآخر وإن قال: إن أعتقت سعدًا فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران فى حال إعتاقى سعدًا فالحكم سواء لا يختلف، لأن عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه، فإن كان الشرط فى الصحة والإعتاق فى المرض فالحكم على ما ذكرناه.

فصل: فإن قال: إن تزوجت فعبدى حر فتزوج فى مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة تعتبر من الثلث، فإن لم يخرج من الثلث إلا المحاباة أو العبد قدمت المحاباة، لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطًا فى العتق فقد سبقت العتق، ويحتمل أن يتساويا لأن التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج إما لوجود مانع من الإرث أو لمفارقته إياها فى حياته إما بموتها أو طلاقها أو نحوه، فأما إن ورثته تبينا أن المحاباة لا تثبت لها إلا بإجازة الورثة فينبغى أن يقدم العتق عليها، لأنه لازم غير موقوف على الإجازة فيكون متقدمًا، وإن قال: أنت حر فى حال تزويجى فتزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الأول يتساويان، لأن التزويج جعل حالة لإيقاع العتق كما فى

(٤٢) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٩/ ١١١/ ١٦٥٤٤) من كتاب عمر بن عبد العزيز.
(٤٣) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٩/ ١١٥/ ١٦٥٦٢) من كتاب عمر بن الخطاب بنحوه.

فصل: ولا يجوز للمتصدق الرجوع فى صدقته فى قولهم جميعًا، لأن عمر قال فى حديثه: «من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا.

فصل: والهبة المطلقة لا تقتضى ثوابًا، سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى فى الهبة لمثله أو دونه كقولنا، فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان: **أحدهما:** أنها تقتضى الثواب، وهو قول مالك لقول عمر ﷺ: ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها(٤٤).

ولنا: أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابًا كهبة المثل والوصية، وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضًا أيهما أصاب عيبًا لم يكن له الرد، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فإن شرط فى الهبة ثوابًا معلومًا صح، نص عليه أحمد، لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع فى ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة، وبهذا قال أصحاب الرأى، ولأصحاب الشافعى قول: أنه لا يصح، لأنه شرط فى الهبة ما ينافى مقتضاها.

ولنا: أنه تمليك بعوض فصح ما لو قال ملكتك هذا بدرهم، فإنه لو أطلق التمليك كان

عتق سعد وسعيد، وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقًا، لأن المحاباة إنما تثبت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه، فيكون سابقًا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه غير وارث.

فصل: إذا أعتق المريض شقصًا من عبد ثم أعتق شقصًا من آخر ولم يخرج من الثلث إلا العبد الأول عتق وحده، لأنه يعتق حين تلفظه بإعتاق بعضه، وإن خرج الأول وبعض الثانى عتق ذلك، وإن أعتق الشقصين معًا فلم يخرج من الثلث إلا الشقصان عتقا ورق باقى العبدين، وإن لم يخرج إلا أحدهما أقرع بينهما، وإن خرج الشقصان وباقى أحد العبدين ففيه وجهان: **أحدهما:** تكميل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما، كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما، **والثانى:** يقسم ما بقى من الثلث بينهما بغير قرعة، لأنه أوقع عتقًا مشقصًا فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبدين، ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما بغير قرعة ولم نكمله من أحدهما، ولو وصى بإعتاق النصيبين وأن يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقى أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه، لأن الموصى أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى إعتاقهما بخلاف التى قبلها.

34- مسألة: (و أما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وإن كانت مع وارث).

---

(٤٤) تقدم برقم (٢٥).

هبة وإذا ذكر العوض صار بيعًا، وقال أبو الخطاب: وقد روى عن أحمد ما يقتضى أن يغلب فى هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به، فأما إن شرط ثوابًا مجهولاً لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد بردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نماء ملك الواهب» وإن كانت تالفة رد قيمتها، وهذا قول الشافعى وأبى ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله: أنها تصح، فإذا أعطاه عنها عوضًا رضيه لزم العقد بذلك فإنه قال فى رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب: هذا لك على أن تثيبنى فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط، وقال فى رواية إسماعيل بن سعيد: إذا وهب له على وجه الإثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فللواهب الرجوع، ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها، والأول أصح، لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضى إلا أنه بيع بالمعاطاة، فإذا عوضه عوضًا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضى بها، وإن لم يحصل التراضى لم تصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضى، والأصل فى هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها، وروى معنى ذلك عن على وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس، وهو قول الشافعى على القول الذى يرى أن الهبة المطلقة تقتضى ثوابًا.

لأنه ليس بوصية، لأن الوصية تبرع وليس هذا تبرعًا فاستوى فيه الوارث وغيره، ويحتمل أن لا يصح لوارث، لأنه خصه بعين المال أشبه ما لو حاباه.

35- مسألة: **(وإن حابى وارثه فقال القاضى: يبطل فى قدر ما حاباه ويصح فيما عداه).**

مثل أن يبيع بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن، لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع له به، وللمشترى الخيار، لأن الصفقة تبعضت فى حقه.

36- مسألة: **(فإن كان له شفيع فله أخذه فإن أخذه فلا خيار للمشترى).**

لزوال الضرر عنه، لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشفيع.

فصل: فإن باع أجنبيًا وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور، وقال أهل الظاهر: يبطل العقد.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة: ٢٧٥) ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض، فعلى هذا لو باع عبدًا لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشترى بثلثى ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن ردوا فاختار المشترى فسخ البيع فله ذلك، لأن الصفقة تبعضت فى حقه، فإن اختار إمضاء البيع، فقال شيخنا: عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى: وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، **والوجه الثانى:** أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله، وإلى هذا أشار القاضى فى نحو هذه المسألة، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن،

وقد روى أبو هريرة أن أعرابيًا وهب للنبى ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثًا فأبى فزاده ثلاثًا فأبى فزاده ثلاثًا فلما كملت تسعًا قال: رضيت، فقال النبى ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشى أو أنصارى أو ثقفى أو دوسى» من المسند(٤٥)، قال أحمد: إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبًا لبسه أو غلامًا استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شىء عليه فكان عندى مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه.

٩٣٧- **مسألة:** قال: **(وإذا قال دارى لك عمرى أو هى لك عمرك فهى له ولورثته من بعده).**

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرتك دارى هذه، أو هى لك عمرى أو ما عاشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتقييدها بالعمر والرقبى أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هى لك حياتك على أنك إن مت قبلى عادت إلى وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك، فكأنه يقول هى لآخرنا موتًا وبذلك سميت رقبى، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وكلاهما جائز فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح، لأن النبى ﷺ قال: «لا تعمروا ولا ترقبوا»(٤٦).

وقال أهل العراق، يقال له: إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع، وإن شئت فسخت ولا شىء لك، وعند مالك: له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث.

ولنا: أن ما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع فى إحداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصًا وسيفًا فأخذ الشفيع الشقص، أو كما لو اشترى قفيزًا يساوى ثلاثين بقفيز قيمته عشرة، وأما الوجه الثانى الذى اختاره القاضى فلا يصح، لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال: بعتك هذا بمائة، فقال: قد قبلت نصفه بها، ولأنه إذا فسخ البيع فى بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه، ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع فى الجميع مع بقاء ثمنه، وأما قول أهل العراق فإن فيه إجبارًا للورثة على المعاوضة على غير الوجه الذى عاوض موروثهم، وأما قول مالك فلا يصح، لأنه إذا

---

(٤٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ح٧٣٥٧) والنسائى (٦/ ح٣٧٦٨) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٠٥، ١٠٦/ ١٦٥٢١) وإسناده صحيح.

(٤٦) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٥٦) بلفظ: «لا ترقبوا ولا تعمروا فمن أرقب شيئًا أو أعمره فهو لورثته» من حديث جابر والنسائى (٦/ ح٣٧٣٤) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.

ولنا: ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها»(٤٧) رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن، فأما النهى فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم أنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شىء، وسياق الحديث يدل عليه فإن قال: «فمن أعمر عمرى فهى لمن أعمرها حيًا وميتًا وعقبه» ولو أريد به حقيقة النهى لم يمنع ذلك صحتها فإن النهى إنما يمنع صحة ما يفيد المنهى عنه فائدة، أما إذا كان صحة المنهى عنه ضررًا على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق فى زمن الحيض، وصحة العمرى ضرر على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض، إذا ثبت هذا فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وروى ذلك عن على.

وقال مالك والليث: العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمَر بحال، ويكون للمعمر السكنى، فإذا مات عادت إلى المعمِر، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر، واحتجا بما روى يحيى بن سعد عن عبد الرحمن بن القاسم قال: سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم فى أموالهم وما أعطوا، وقال إبراهيم بن إسحاق الحربى

فسخ البيع لم يستحق شيئًا، لأن المحاباة إنما حصلت فى ضمن البيع فإذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة، وأجر المثل خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج، وإن اشترى عبدًا يساوى عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفها بنصفها، وإن باع العبد الذى يساوى ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع فى ثلثيه بثلثى الثمن فى قول شيخنا، وعلى قول القاضى للمشترى خمسة أسداسه بكل الثمن، وطريق هذا أن ينسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع فى مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه، وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقى فيصح البيع فى قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثى الثمن، فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الأول يصح فى ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن، وعلى الوجه الثانى يأخذ المشترى نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن.

37- مسألة: (وإن باع المريض أجنبيًا وحاباه وكان شفيعه وارثًا فله الأخذ بالشفعة).

لأن المحاباة لغيره، يعنى إذا باع شقصًا تجب فيه الشفعة، لأن المحاباة إنما وقعت للأجنبى فأشبه ما لو وصى لغريم وارثه ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لإفضائه إلى جعل سبيل للإنسان إلى إثبات حق وارثه فى المحاباة، وقد ذكرنا ذلك، والخلاف فيه فى الشفعة.

---

(٤٧) أخرجه أبو داود (٣/ ح٣٥٥٨) والنسائى (٦/ ح٣٧٤٢) والترمذى (٣/ ح١٣٥١) وابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٣) وفيه: «لمن أعمرها ولمن أرقبها» بدلاً من: «أهلها» وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٩٧، ٣٠٣) وإسناده صحيح.

عن ابن الأعرابى: لم يختلف العرب فى العمرى والرقبى والإفقار والإحبال والمنحة[٤٨] والعرية والعارية والسكنى والإطراق أنها على ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له، ولأن التمليك لا يتأقت كما لو باعه إلى مدة، فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لأنه يصح توقيته.

ولنا: ما روى جابر قال: قال النبى ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيًا وميتًا ولعقبه»[٤٩] رواه مسلم، وفى لفظ «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهب له»[٥٠]، متفق عليه، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رقبى، فمن أرقب شيئًا فهو له حياته وموته»[٥١] وعن زيد بن ثابت أن النبى ﷺ جعل العمرى للوارث[٥٢].

38- مسألة: (ويعتبر الثلث عند الموت، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد).

فلو أعتق عبدًا لا يملك غيره ثم ملك مالاً يخرج من ثلثه تبينا أنه عتق كله لخروجه من الثلث عند الموت، وإن صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شىء، لأن الدين يقدم على الوصية لما روى عن على رضي الله عنه أن النبى ﷺ قضى بالدين قبل الوصية، ويحتمل أن يعتق ثلثه، لأن تصرف المريض فى الثلث كتصرف الصحيح فى الجميع.

فصل: قال الشيخ رضي الله عنه: **(وتفارق العطية الوصية فى أربعة أشياء: أحدها: أنه يبدأ بالأول فالأول منها والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها)** أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها، وأما الوصايا فإنها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة، ولذلك استوى فيها المتقدم والمتأخر، **الثانى:** أنه لا يجوز الرجوع فى العطية بخلاف الوصية، لأن العطية تقع لازمة فى حق المُعطِى ينتقل إلى المُعطَى فى الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض، وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالهبة، وإنما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة

---

(٤٨) **الإفقار:** أن يعطى الرجل الرجل دابته، فيركبها ما أحب فى سفر أو حضر.
الإخبال: أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها، فيتخذ وبرها وينتفع بها ثم يردها.
المنحة: أن يمنع الرجل أخاه ناقة أو شاة، فيحتلبها عامًا أو أقل أو أكثر.

(٤٩) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٢٦/ ١٢٤٦، ١٢٤٧) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٩) بنحوه، والنسائى (٦/ ح٣٧٣٩، ٣٧٤٠) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣١٢، ٣٨٦).

(٥٠) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٢٥/ ١٢٤٦) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٠) والنسائى (٦/ ح٣٧٥٣) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٠٤، ٣٩٣).

(٥١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٢) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.
الرقبى: أن يقول: هذا للآخر منى ومنك موتًا.

(٥٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨١) وأحمد فى مسنده (٥/ ١٨٩) وإسناده صحيح.

وقد روى مالك حديث العمرى فى «موطئه»[٥٣] وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس[٥٤] ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة[٥٥] وقول القاسم لا يقبل فى مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل فى مخالفة قول سيد المرسلين، ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم، وقضى بها طارق[٥٦] بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان، وقول ابن الأعرابى: إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصومة، قولهم إن التمليك لا يتأقت قلنا: فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكًا مطلقًا.

فصل: إذا شرط فى العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته، وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهى للمعمر وورثته أيضًا لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة، فإن شرط أنك إذا مت فهى لى فعن أحمد روايتان: **إحداهما**: صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر، وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط[٥٧]

لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها بخلاف الوصية، لأن التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهى كالهبة قبل القبول، **الثالث**: أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها ويفتقر إلى شروط الهبة المذكورة، لأنها هبة منجزة فاعتبر لها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فإنه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتى.

فصل: والعطية تقدم على الوصية، وهو قول الشافعى وجمهور العلماء، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر، إلا فى العتق فإنه حكى عنهم تقديمه، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه.

ولنا أن العطية لازمة فى حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو فقدمت على العتق كعطية الصحة.

الرابع: أن الملك يثبت فى العطية من حينها ويكون مراعى، فإذا خرج من الثلث عند

---

(٥٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ص٧٥٦) من كتاب الأقضية.

(٥٤) أخرجه النسائى (٣/ ٣٧٢٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وأيضًا (٣/ ٣٧٣٠) من حديث جابر، وأيضًا (٣/ ح٣٧٣٥) من حديث ابن عمر، وابن ماجه (٢/ ٢٣٨٢).

(٥٥) أخرجه مسلم (٣/ ٣٢/ ١٢٤٨) من كتاب الهبات بلفظ: «العمرى جائزة» من حديث أبى هريرة رضي الله عنه، وأبو داود (٣/ ح٣٥٤٨) بلفظ مسلم، والنسائى (٦/ ح٣٧٥٦، ٣٧٥٧، ٣٧٥٩) بلفظ مسلم، وأيضًا (٦/ ٣٧٢٢، ٣٧٢٥) من حديث زيد بن ثابت.

(٥٦) هو طارق بن عمر مولى عثمان، انظر أخبار القضاة لوكيع (١/ ١٢٤).

(٥٧) زيد بن قسيط، وفى الإكمال (يزيد) انظر الإكمال (٧/ ٣٣٩).

والزهرى ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب ومالك وأبى ثور وداود، وهو أحد قولى الشافعى لما روى جابر قال: إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هى لك ولعقبك، فأما إذا قال هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها(٥٨) ، متفق عليه، وروى مالك فى موطئه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى أعطيها لا ترجع إلى الذى أعطاها»(٥٩) لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، وقال

الموت تبينا أن الملك كان ثابتًا من حينه، لأن العطية فى المرض تمليك فى الحال، لأنها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب فى الحال، ولهذا يعتبر قبولها فى المجلس كما لو كانت فى الصحة، وكذلك إن كانت محاباة أو إعتاقًا، وأما كونها مراعاة، فلأنَّا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شىء من ماله أو لا فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فإذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد، ومثل ذلك ما لو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فإنا لا ندرى هل يسلم الثانى أم لا فنقف الأمر حتى تنقضى العدة فإن أسلم الآخر فى العدة تبينا أن النكاح كان صحيحًا باقيًا وإن انقضت العدة قبل إسلامه تبينا أن النكاح انفسخ من حين اختلف دينهما.

39- مسألة: (فلو أعتق فى مرضه عبدًا أو وهبه لإنسان ثم كسب فى حياة سيده شيئًا ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقًا وللموهوب إن كان موهوبًا، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك).

إذا أعتق عبدًا لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد، وتزداد الحرية لذلك، ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالجبر، فيقال: عتق من العبد شىء وله من كسبه شىء، لأن كسبه مثله وللورثة من العبد شيئان، لأن لهم مثلى ما عتق منه وقد عتق منه شىء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه، لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيئان وللورثة شيئان من العبد وكسبه، فيقسم العبد وكسبه نصفين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وإن كسب مثلى قيمته فله من كسب شيئان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماسًا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثه خمساه وخمسا كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء مع ما عتق منه وللورثة شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه

---

(٥٨) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٢٣/ ١٢٤٦) وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٢٩٤).

(٥٩) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ أقضية/ ٤٣/ ٧٥٦) ومسلم (٣/ هبات/ ٢٠/ ١٢٤٥) من حديث جابر بن عبد الله، وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٣) والنسائى (٣/ ح٣٧٥١) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٦٠، ٣٩٩).

القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا على شروطهم فى أموالهم، **والرواية الثانية:** أنها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط، وهذا قول الشافعى الجديد وقول أبى حنيفة، وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب للأحاديث المطلقة التى ذكرناها وقول رسول الله ﷺ : «لا رقبى فمن أرقب شيئًا فهو له فى حياته وموته» وقال مجاهد الرقبى أن يقول هى للآخر منى ومنك موتًا.

وروى الإمام أحمد بإسناده عن النبى ﷺ أنه قال: «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو له حياته وموته»(٦٠) وهذا صريح فى إبطال الشرط لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله، وأما حديثهم الذى احتجوا به فمن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبى ﷺ قال: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيًّا وميتًا ولعقبه» ولأنَّا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها ولم يفسدها الشرط، لأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما شرط ذلك على ورثته، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه، وأما قوله فى الحديث الآخر: إنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبى سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبى ذئب(٦١) وفصل هذه الزيادة فقال عن النبى ﷺ أنه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهى له

وللورثة ثلثهما، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شىء وله من كسبه نصف شىء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شىء، فإذا بسطها أنصافًا صارت سبعة فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقى للورثة، وذلك مثلا ما عتق منه.

40- مسألة: (وإن كان موهوبًا لإنسان فللموهوب له من العبد بقدر ما عتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئًا فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شىء فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلاثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه، فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا فى الدين ولم يعتق منه شىء، لأن الدين مقدم على التبرع، وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقى منهما يقسم على ما يعمل فى العبد الكامل وكسبه، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقى بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب، فإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الأربعة لكل شىء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه.

فصل: وإن أعتق عبدًا قيمته عشرون ثم أعتق عبدًا قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما

---

(٦٠) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ٣٤، ٧٣) وإسناده صحيح.

(٦١) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ١٢٤٥) والنسائى (٣/ ح٣٧٤٨).

بتلة(*)، لا يجوز للمعطى فيها شرط ولا مثنوية(٦٢)، قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

فصل: والرقبى: هى أن يقول هذا لك عمرك فإن مت قبلى رجع إلى وإن مت قبلك فهو لك، ومعناه: هى لآخرنا موتًا، وكذلك فسرها مجاهد، سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وقد روى عن أحمد أنه قال: هى أن يقول هى لك حياتك فإذا مت فهى لفلان أو هى راجعة إلىَّ، والحكم فيها على ما تقدم ذكره، وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر، وقال على ﷺ: العمرى والرقبى سواء، وقال طاوس من أرقب شيئًا فهو على سبيل الميراث، وقال الزهرى: والرقبى وصية، يعنى: أن معناها إذا مت فهذا لك، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة: الرقبى باطلة لما روى أن النبى ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى(٦٣) ولأن معناها أنها للآخر منا، وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر.

ولنا: ما رويناه من الأخبار، وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم أن معناها ما ذكروه بل معناه أنها لك حياتك فإن مت رجعت إلىَّ فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب، إن مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى.

مثل قيمته أكملت الحرية فى العبد الأول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربع لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقى للورثة، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلى العبد الذى عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلا ما عتق منهما، وإن أعتق العبدين دفعة واحدة أقرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ بإعتاقه.

فصل: فإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لإخراج الدين، فإن وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة، وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع

(*) بتلة: مقطوعة.

(٦٢) المثنوية: الاستثناء.

(٦٣) أخرجه مسلم (٣/ هبات/ ٣٠/ ٣٢/ ١٢٤٧، ١٢٤٨) بلفظ: «العمرى جائزة» وأبو داود (٣/ ح٣٥٥٨) بلفظ: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها» من حديث جابر. وأخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٣٨٢) بلفظ: «لا رقبى فمن أرقب شيئًا فهو له حياته ومماته» والنسائى (٦/ ح٣٧٣٥) وأحمد فى «مسنده» (٧/ ح٤٨٠١/ شاكر) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن الرقبى. . . وأيضًا (٧/ ٤٩٠٦/ شاكر) وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح.

فصل: وتصح العمرى فى غير العقار من الحيوان والثياب، لأنها نوع هبة فصحت فى ذلك كسائر الهبات، وقد روى عن أحمد فى الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها، قال القاضى: لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع، لأن الوطء استباحة فرج، وقد اختلف فى صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزًا.

فصل: وإن وقت الهبة إلى غير العمرى والرقبى فقال وهبتك هذا لسنة أو إلى أن يقدم الحاج أو إلى أن يبلغ ولدى أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح، لأنها تمليك للرقبة فلم تصح مؤقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لأن الإنسان إنما يملك الشىء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مؤقت به فى الحقيقة فصار ذلك كالمطلق، وإن شرط رجوعها إليه بعد ذلك كان شرطًا على غير الموهوب له بخلاف غيره.

٩٣٨- **مسألة:** قال: **(وإن قال سكناها لك عمرك كان له أخذها أى وقت أحب لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى)**.

أما إذا قال: سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم، لأنه فى التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئًا فشيئًا فلا تلزم

كسبه وباقية وبقى كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما إذا كان للسيد مال بقدر قيمته، ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين فى الحرية، فإن وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقى، فإن وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذنا باقى كسبه ثم يقرع بين العبدين لإتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر للورثة.

فصل: رجل أعتق عبدين متساويى القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما فى حياته أقرع بين الحى والميت، فإن وقعت على الميت فالحى رقيق وتبين أن الميت نصف حر، لأن مع الورثة مثلى نصفه، وإن وقعت على الحى عتق ثلثه ولا يحتسب الميت على الورثة، لأنه لم يصل إليهم.

فصل: رجل أعتق عبدًا لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهى لسيده بالولاء وتبين أنه مات حرًا، وكذلك إن خلف أربعين وبنتًا، وإن خلف عشرة عتق منه شىء وله من كسبه شىء ولسيده شيئان وقد حصل فى يد سيده عشرة تعدل ستين فتبين أن نصفه حر وباقية رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فإن خلف العبد ابنًا فله من رقبته شىء ومن كسبه شىء لابنه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة: للابن ثلثها، وللسيد ثلثاها، ونتبين أنه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتًا فلها نصف شىء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة، للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل

إلا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى، وللمسكن الرجوع متى شاء، وأيهما مات بطلت الإباحة، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى، منهم: الشعبى والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى معنى ذلك عن حفصة، وقال الحسن وعطاء وقتادة: هى كالعمرى تكون له ولعقبه، لأنها فى معنى العمرى فيثبت فيها مثل حكمها، وحكى عن الشعبى أنه إذا قال: هى لك اسكن حتى تموت فهى له حياته وموته، وإن قال: دارى هذه اسكنها حتى تموت فإنها ترجع إلى صاحبها، لأنه إذا قال: هى لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى، فإذا قال: اسكن دارى هذه فإنما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية.

ولنا: أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازمًا كالعارية وفارق العمرى فإنها هبة للرقبة، فأما إذا قال: هذه لك اسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكناها حتى تموت، وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبه ما لو قال: هذه لك سكناها، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال.

ستين فتبين أن خمسى العبد مات حرًا، وإن خلف العبد عشرين وابنًا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه، ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين، وتبين أنه عتق منه نصفه، فإن مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقه ورثه السيد، لأننا تبينا أن أباه مات حرًا لكون السيد ملك عشرين وهى مثلا قيمته فعتق وجرّ ولاء ابنه إلى سيده فورثه، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئًا أو ملك السيد عشرين من أى جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه، لأن الأب لم يعتق، وإن عتق بعضه حر من ولاء ابنه بقدره، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فإنك تقول: عتق من العبد شىء ويجر من ولاء ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شىء مع خمسة وهما يعدلان شيئين وباقى العشرة أولى أمه فيقسم بين السيد وبين مولى الأم نصفين ونتبين أنه قد عتق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من العبد، فإن مات الابن فى حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالاً وحكمنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال أبيه إن كان حرًا أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حرًا ولم يرث سيده منه شيئًا، وفى هذه المسائل خلاف تركنا ذكره مخافة التطويل.

41- مسألة: (وإن أعتق جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعتق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه.

فصل: وإن وهبها مريضًا آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثانى للأول وماتا جميعًا فنقول: صحت هبة الأول فى شىء وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقى لورثة الثانى ثلثا شىء

فـصل: إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعًا فاسدًا ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الأول صح العقد الثاني لأنه تصـرف فى ملكه عالمًا بأنه ملكه، وإن كان يعتقد صحة العقد الأول ففى صحة الثاني وجهان: **أحدهـما:** صحته لأن تصرفه صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الأول، **والثـاني:** لا يصح، لأنه تصرف تصرفًا يعتقد فساده ففسده كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهرًا، وهكذا لو تصرف فى عين يعتقد أنها لأبيه فبان أنه قد مات ومـلكها بالميراث أو غصب عينها فبـاعها يعتقدها مغصـوبة فبان أنها ملكه، فعلى الوجـهين، قال القاضي: أصل الوجـهين من باشر امرأة بطلاق يعـتقدها أجنبيـة فبانت امرأته أو واجـه بالعتق من يعتـقدها حرة فـبانت أمتـه، ففى وقوع الطلاق والحـرية روايتان، وللشافعية فى هذه المسائل وجهان كما حكينا، والله أعلم.

ولورثة الأول شيئًا فاضربها فى ثلثه لزوال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة فلورثة الواهب الأول ثلاثة أرباعهـا ستة ولورثة الثـاني ربعها شيـئان، وإن شئت قلت: المـسألة من ثلاثة، لأن الهبـة صحت فى ثلث المال وهبـة الثاني صحت فى ثلث الـثلث فتكون من ثلاثة اضربها فى أصل المسألة تكن تسعة أسقط السهم الذى صحت فيه الهبة الثانية، لأننا لو رددناه على الأول لوجب رده على جميع السهام البـاقية، إذ يلزم من زيادة الباقى للواهب الأول زيادة الجزء الذى صـحت فيه الهبـة الأولى فيسقط كـما يسقط الباقى فى مـسألة الرد، إذ العلة فى إسقاطه ثم إننا لو رددناه لرددناه على جـميع السهام بالسوية فإذا أسقطنا ذكـره عاد على جميع السهام كذلك ههنا إذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسألة من ثمانية كما ذكرنا.

فصول فى هبة المريض

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتًا فقد حصت الهبة فى شىء والباقى للواهب ورجع إليه بالميراث نصف الشىء الذى جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شىء يعدل شيئين، فالشىء خمسا ذلك رجع إلى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقى لورثة الموهوب له عشرون، وطريقها بالباب أن يأخذ عددًا لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلغى نصفه سهمًا يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذى أسقطه لا يذكر، لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض فى مسألة الرد، ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة فى ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منهما سهمًا يبقى سهمان فهى التى تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهى مثلا ما جازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنتًا فمسألتها من ثمانية نضربها فى ثلاثة تكن أربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التى ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهى المال ويأخذ ثلث الأربعة والعشرين وهى ثمانية يلغى منها الثلاثة يبقى خمسة فى الباقية لورثة الموهوب له والباقى للواهب فتقسم المائة على هذه السهام.

فصل: وإن وهب رجلاً جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شىء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة فى شىء وسقط عنه من مهرها ثلث شىء وبقى للواهب أربعون إلاَّ شيئًا وثلثًا يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشىء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة، ولو كان الواطئ أجنبيًا فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلاَّ أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطئ، فإن لم يحصل منه شىء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل من شىء نفذت الهبة فى الزيادة بقدر ثلثه، فإن وطئها الواهب فعليها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شىء يبقى معه ثلاثون إلا شيئًا وثلثًا يعدل شيئين فالشىء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطئ وعليه عقر الذى جازت الهبة فيه ثلاثة، فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها.

فصل: وإن وهب مريض عبدًا لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له: إما أن تفديه وإما أن تسلمه، فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاض الهبة، وذلك أن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين أن الهبة جازت فى نصفه، فإن اختار فداه ففيه روايتان: **إحداهما**: يفديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه فيه أو أرش جنايته،

والأخرى: يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة ما بلغت، فإن كانت قيمته دية فإنك تقول: صحت الهبة فى شىء ويدفع إليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين أن الشىء نصف العبد وإن كانت قيمة ديتين واختار دفعه فإن الهبة تجوز فى شىء ويدفع إليهم نصفه يبقى معهم عبد إلاَّ نصف شىء يعدل شيئين فالشىء خمساه ويرد إليهم ثلاثة أخماسه لانتقاض الهبة وخمسًا من أجل جنايته فيصير لهم أربعة أخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وإن اختار فداءه فداه بخمسى الدية أو أقل وقلنا يفديه بأرش جنايته نفذت الهبة فى جميعه، لأن أرشها أكثر من مثلى قيمته وإن كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة فى شىء ويفديه بشىء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شىء يعدل شيئين فالشىء يعدل ثلاثة أرباع فتصح الهبة فى ثلاثة أرباع العبد ويرجع إلى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه، فإن ترك الواهب مائة دينار فاضممها إلى قيمة العبد، فإن اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاض الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ما جازت الهبة فيه، وإن اختار الفداء فقد علمت أنه يفدى ثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئًا فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصر ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه سبعة أثمان الدية.

فصل: فى إعتاق المريض: مريض أعتق عبدًا لا مال سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فإنه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه، لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه وحسابها أن تقول: عتق منه شىء وعليه شىء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئًا، وشىء يعدل شيئين فأسقط بشىء بقى ما معه من العبيد يعدل شيئًا مثل ما عتق منه، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه، لأنه يعتق منه شىء وعليه نصف شىء للسيد فصار للسيد نصف شىء وبقية العبد تعدل شيئين فتكون بقية العبد تعدل شيئًا ونصفًا وهو ثلاثة أخماسه والشىء الذى عتق خمساه، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله، لأنه يلزمه مائة وهى مثلاه أو أكثر، وإن كانت قيمته شيئين قلنا: عتق منه شىء وعليه شىء وثلثا شىء للسيد مع بقية العبد تعدل شيئين فبقية العبد إذًا ثلث شىء فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد من العتق على الثلث ينبغى أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما إذا ما دبر عبدًا وله دين فى ذمة غريم له فكلما اقتضى من القيمة شيئًا عتق من الموقوف بقدر ثلثه.

فصل: فإن أعتق عبدين دفعة واحد قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك فى جناية السيد ثم مات أقرعنا بين العبدين فإن وقعت على الجانى عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرش الجناية مثل ذلك وبقى

لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ما عتق منه، وحسابها أن تقول: عتق منه شيء وعليه نصف شيء، لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقى للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدين تعدل شيئًا ونصفًا، فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذى عتق صارا جميعًا يعدلان شيئين ونصفًا، فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس إحداهما، وإن وقعت قرعة الحرية على المجنى عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجانى وذلك تسع الدية، لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق، والواجب من الأرش يستغرق قيمة الجانى فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه، فإن أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون والآخر قيمته ثلاثون فجنى الأدنى على الأرفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما، فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانهما ستة وعشرون وربع وهى من الأدنى نصفه وربعه وثمنه، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجانى فيأخذه بها أو يفديه المعتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى، وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الأرش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرش كما ذكرنا من قبل والله أعلم.

1- **مسألة: (وإن باع مريض قفيزًا لا يملك غيره يساوى ثلاثين بقفيز يساوى عشرة)**.

وهما جنس واحد فيحتاج إلى تصحيح البيع فى جزء منه مع التخلص من الربا، لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق فى ذلك أن يسقط قيمة الردىء من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى ما بقى وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصح البيع فى نصف الجيد بنصف الردىء ويبطل فيما بقى.

وطريق الجبر أن تقول: يصح البيع فى شيء من الأرفع بشيء من الأدنى وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثى شيء ألقها من الأرفع يبق قفيز إلاَّ ثلثى شيء يعدل مثلى المحاباة وذلك شيء وثلث فإذا جبر به عدل شيئين والشيء نصف القفيز، فإن كانت قيمة الأدنى خمسة عشر فإذا أسقطت قيمة الردىء من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر إذا نسبت إليهما الثلث يكن ثلثيها فيصح البيع فى ثلثى الجيد الردىء فحصلت المحاباة بعشرة وذلك ثلث المال، فإن كان الأدنى يساوى عشرين صحت فى جميع الجيد بجميع الردىء.

2- **مسألة: (وإن أصدق امرأة عشرة فى مرضه لا مال له غيرها)**.

وصداق مثله خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها دخلها الدور، فتقول: لها خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ورجع إليها

بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل فزد على الشيئين نصف شيء يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفًا فالشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها أربعة، لأنها كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية رجع إلى ورثته نصفها وهى أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ما ذكرنا فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت: يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء تعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزوج وبقى لورثتها صداق مثلها، فإن كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت: يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشرة رجع إلي ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذى بقى لهم صار لهم ثمانية لورثتها سبعة، وإن كان عليها دين ثلاثة قلت: يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان، والباب فى هذا أن ينظر ما يبقى فى يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذى صحت المحاباة فيه، وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفًا، والشيء هو خمساها، وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقى.

3- **مسألة:** **(وإن مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة).**

لأن حكمها فى المرض حكم الوصية فى أنها لا تصح لوارث وعنه تعتبر المحاباة من الثلث، لأنها محاباة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كمحاباة الأجنبى إلاَّ أن أبا بكر قال: هذا قول قديم رجع عنه.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **ولو ملك ابن عمه فأقر فى مرضه أنه أعتقه فى صحته وهو وارثه عتق ولم يرث،** ذكره أبو الخطاب، لأنه لو ورثه كان إقراره لوارث فيبطل عتقه، لأنه مرتب على صحة الإقرار ولا يصح الإقرار للوارث وإذا بطل عتقه سقط الإرث فعلى هذا تثبت الحرية ولا يرث، لأن توريثه يفضى إلى إسقاط توريثه، ويحتمل أن يرث، لأنه حين الإقرار لم يكن وارثًا فوجب أن يرث كما لو لم يصر وارثًا وعلى قياس ذلك لو اشترى ذا رحمه المحرم فى مرضه، وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له فقبله فى مرضه فالحكم فى ذلك كالمسألة قبلها سواء لما ذكرنا، وذكر شيخنا: أنه إذا ملكه بغير عوض كالهبة والميراث أنه يعتق ويرث المريض إذا مات، وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: يعتق ولا يرث كما قال أبو الخطاب، لأن عتقه وصية فلا تجتمع مع الميراث، وهذا لا يصح، لأنه لو كانت وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث، وإن خرج من الثلث عتق وورث، وإن لم يخرج من الثلث سعى فى قيمة باقيه ولم يرث فى قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب بقيمته من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه.

ولنا: أن الوصية هى تبرع بعطية أو إتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجب واحد منهما، لأن العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعطية ولا إتلاف لماله إنما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه فى وقت لا يمكنه لتصرف فيه، وفارق الشراء، فإنه تضييع لماله فى ثمنه، قال القاضى: هذا المذكور قياس قول أحمد، لأنه قال فى مواضع إذا وقف فى مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية، لأن الوقف ليس بمال، لأنه لا يباع ولا يورث، قال الخيرى: هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة، ولم يذكر فيه عن أحمد خلافه فأما إن اشترى من يعتق عليه، فقال القاضى: إن حمله الثلث عتق وورثه، وهذا قول مالك وأبى حنيفة، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق، فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه إذا ورثه، وقال أبو يوسف ومحمد: لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه وإن فضل من قيمته شيء سعى فيه، وقال بعض أصحاب مالك: يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث، وهو قياس قول أحمد لكونه لم يجعل الوقف وصية وأجازه للوارث فهذا أولى، لأن العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له، لأنه لم يصل إليه ولا وصية للبائع، لأنه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة فى أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث، واختلف أصحاب الشافعى فى قياس قوله، فقال بعضهم: إذا حمله الثلث عتق وورث، لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا، وقيل: يعتق ولا يرث، لأنه لو ورث لصارت وصية لوارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضى توريثه إلى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى وقيل: على مذهبه شراؤه باطل، لأن ثمنه وصية والوصية يقف خروجها من الثلث أو إجازة الورثة، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفًا، ومن مسائل ذلك: مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتى درهم وابنًا آخر فإنه يعتق وله مائة ولأخيه مائة، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، وقيل: على قول الشافعى لا يرث والمئتان كلها للابن الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد: يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصفه الباقى من ميراثه، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال، والمائة بينه وبين أخيه، وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه، لأنه قدر ثلث التركة ويسعى فى قيمة باقيه ولا يرث لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا فى أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه، والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك، والعبد المرهون يعتقه سيده والمشترى للعبد نصفه قبل قبضه وهما معسران، ففى هذه المواضع يسعى كل واحد فى قيمته وهو حر يرث، وقال أبو يوسف ومحمد: يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى فى ربع قيمته لأخيه، فإن

وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال، وهذا قول مالك، وإن كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبرى عن أحمد، وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك، وعلى قول القاضى: يعتق ثلثهن فى أحد الوجهين، وهو قول مالك، وفى الآخر: يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة فى جميع ماله فى أصح الروايتين، وإن ترك مالاً يخرجن من ثلثه عتقن وورثن، وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحد من الأخت للأب والأخت من الأم فى نصف قيمتها للأخت للأبوين، وإنما لم يرثا، لأنهما لو ورثتا لكان لهما خمس وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية، وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهى رقبة بينهما نصفين، وأما الأخت للأبوين فإذا ورثت عتقت، لأن لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتقن وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم للأخت من الأبوين فى خمسى قيمتها، لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة، وعلى قول الشافعى: لا يعتقن.

فصل: وإذا اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنًا، فعلى القول الذى حكاه الخبرى يعتق كله على المريض وله ولاؤه، وعلى قول القاضى: يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقى على الابن، لأنه جده ويكون ثلث ولائه للمشترى وثلثاه لابنه، وهذا قول مالك، وقيل: هو مذهب للشافعى، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن فى قيمة ثلثيه، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق سدسه، لأنه ورثه ويسعى فى خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له، وقيل: على قول الشافعى ينفسخ البيع إلا أن يجيز الابن عتقه، وقيل: ينفسخ فى ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائع الخيار لتفريق الصفقة عليه، وقيل: لا خيار له، لأنه متلف فإن ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الألفين والباقى للابن، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقيل: نحوه قول الشافعى، وقيل: على قوله يعتق ولا يرث، وقيل: شراؤه مفسوخ، وقال أبو يوسف ومحمد: يرث الأب سدس التركة وخمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى فى نصف قميته ولا وصية له، فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء فى الوجه الأول، وفى الثانى يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثًا، وبهذا قال مالك، وقول الشافعى فيه على ما ذكرنا فى مسألة الأب، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصية ويسعى فى قيمة ثلثيه للأب ولا يرث، وقال أبو يوسف ومحمد: يرث خمسة أسداسه، ويسعى فى قيمة سدسه، فإن ترك ألفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللأب السدس، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ ألفًا وخمسمائة، وإن خرج مالاً يخرج المبيع

من ثلثه، فعلى الوجه الأول: يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثانى يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية، فإن لم يخلف المشترى إلا أخًا حرًا ولم يترك مالاً عتق من رأس المال على الوجه الأول ويعتق ثلثه على الوجه الثانى ويرث الأخ ثلثيه ثم يعتق عليه، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه ويسعى لعمه فى قيمة ثلثيه، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق كله ولا سعاية وإن خلف ألفين سواه عتق وورث الألفين ولا شىء للأخ فى الأقوال إلاَّ فيما قيل على قول الشافعى: أنه يعتق ولا يرث، وقيل: شراؤه باطل، فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا الألف وخلف ابنًا آخر، فعلى الوجه الأول: يعتق من رأس ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقى، لأن المشترى حاباه ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه، وهى تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين، وعلى الوجه الثانى: يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثيه ويعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثًا، وقال أبو حنيفة: الثلث للبائع ويسعى المشترى فى قيمته لأخيه، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى فى نصف رقبته ويرث نصفها، وقال الشافعى: المحاباة مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه، وقيل: يفسخ البيع فى ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة، لأن فى تقديمها تقرير ملك الأب على ولده، وقيل: يفسخ البيع فى جميعه، فإن كانت قيمته ثلاثة آلاف، فعلى الوجه الأول: يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة فى ثلث الباقى وهو تسعا الألف ويرد البائع أربعة أتساع الألف فتكون بين الابنين، وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين: **أحدهما:** يقدم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثى الألف فيكون بينهما **والثانى:** يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا فى الوجه الأول، وقال أبو حنيفة: للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن فى قيمته لأخيه، فى قول أبى يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الألف فيكون ذلك مع المشترى للابن الحر، وقيل غير ذلك، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حرًا ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا فى قول الشافعى ومن وافقه، فإن الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثى الثمن وذلك تسعا رقبته، لأنه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته، وقيل: يفسخ البيع فى ثلثيه، وقيل: فى جميعه، وقال أبو حنيفة: يسعى لأخيه فى قيمة ثلثيه، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى له فى نصف قيمته، فإن ترك ألفين سواء عتق كله، لأن التركة هى الثمن مع الألفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الألفين وهو قول الشافعى، وقيل: يعتق ولا يرث وعند أبى حنيفة وأصحابه: التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف، فعلى قول أبى حنيفة: يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى أخيه فى ألف وثلث ألف، وفى قول صاحبيه: يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لأخيه فى خمسمائة والألفان لأخيه فى قولهم جميعًا.

فصل: ولو اشترى المريض ابنى عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاه، فإن قياس قول القاضى إن شاء الله: أنه يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثى بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه يبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعًا، لأنه يصير بالإعتاق وارثًا لثلثى التركة فتنفذ إجازته فى إعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث وفى قياس قول أبى الخطاب: يعتق ثلثاه ولا يرث، لأنه لو ورث لكان إعتاقه وصية له فيبطل إعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدى توريثه إلى إبطال توريثه، وهذا قول الشافعى ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثا المعتق ويسعى فى قيمة ثلثه ولا يرث، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى، فإن كان للميت مال سواهما أخذا ذلك المال بالميراث ويغرم المعتق لأخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه، لأن عتق الأول وصية ولا وصية لوارث وقد صار وارثًا مع أخيه فورث نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقى وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذى جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه، وأما قول أبى حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثًا غيرهما عتق وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه، لأنه إذا لم يدع وارثًا جازت وصيته، لأنهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول، لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن تنفذ للمعتق وصية ليصير حرًا فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية فى جميع رقبته، لأن الميت إذا لم يدع وارثًا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعًا ويرجع الثانى على الأول بنصف قيمته، لأنه يقول قد صرت أنا وأنت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئًا دونى، وقد كانت رقبتى لك وصية فعتقت من قبلك فاضمن لى نصف رقبتى فإن كان معسرًا أو هناك مال غيرهما أخذ الثانى نصفه ثم أخذ من النصف الثانى نصف قيمة نفسه وكان ما بقى ميراثًا لأخيه الأول.

4- **مسألة: (ولو أعتق أمته وتزوجها فى مرضه فنقل المروذى عن أحمد: أنها ترث، اختاره القاضى، وقال الشافعى: لا ترث، لأن توريثها يفضى إلى إبطال عتقها، لأنه وصية، وإبطال عتقها يبطل توريثها) .**

ولنا: أن العتق فى هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد فى مرضه فإنه لا يسقط ميراثه ولا تبطل الوصية.

5- **مسألة: (ولو أعتقها، وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما**

وهما مهر مثلها ثم مات صح العتق ولم تستحق الصداق لئلا يفضى إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضى: تستحق المائتين وتعتق).

لأن العتق وصية لها وهى غير وارثة والصداق استحقه بعقد المعاوضة وهى تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين، وقال أصحاب الشافعى: يسقط مهرها ولا ترث لكونها لا تخرج من الثلث، وسقوط العتق فى بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح، قال شيخنا: وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعًا، لأنه يفضى إلى القول بصحة العتق فى مرض الموت من جميع المال ولا خلاف فى فساد ذلك لو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق فى ثلثى الأمة، لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال، وهكذا لو تلفت المائتنان قبل موته لم ينفذ من عتق الأمة إلا الثلث، وإذا بطل بعض عتقها بذهاب المائتين إلى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها إليها، وبطلان عتقها يبطل نكاحها فالقول بسقوط المهر وحده أولى.

6- مسألة: (وإن تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقى فللأب سدسه وباقيه للابن، وعلى قول القاضى ومن جعله وصية: لا يعتق الأب) لأن تبرع المريض إنما ينفذ فى الثلث ويقدم الأول فالأول، وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث، لأنه إنما عتق بعد الموت وإن وهب له أبوه عتق وورث، لأن الهبة ليست بوصية، وكذلك إن ورثه وإن اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضى، لأنه إذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الإعتاق بالقول بدليل نفوذه فى حق الصبى والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصول فى تصرف المريض

فــصل: إذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح فى الظاهر، فإذا مات ولم يملك شيئًا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها، فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها، وحساب ذلك أن تقول عتق منها شىء ولها بصداقها نصف شىء وللورثة شيئان فيجمع ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفًا نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شىء للميت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حرًا والباقى للورثة، وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها وهو سبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك، وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقى ويسعى فيما بقى وهو ثلث قيمتها، فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها، لأن نصفها هو ثلث المال، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها، وإنما قل العتق فيها، لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقى وهو ثلاثة أسباعها، وطريق حسابها: أن تقول: عتق منها شىء ولها بمهرها نصف شىء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشىء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها وهو الذى عتق منها ويأخذ نصف ذلك من المال بمهرها، وهو ثلاثة أسباعه، فإن كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها، وإن كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلى ما عتق منها، وحسابها: أن تجعل السبعة الأشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعى الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها، وهو أربعة أسباع مهرها، فإن كان يملك معها مثلى قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها، لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها، وإن أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها وبطل نكاحها، فإن كان لم يدخل بها فينبغى أن يقضى بعتقها ونكاحها ولا مهر لها، لأن إيجابه يفضى إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها، فإسقاطه وحده أولى، وإن كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها فى هذه المواضع كما لو تزوجها، وهذا مذهب الشافعى، وذكر القاضى فى هذه المسألة التى قبل الأخيرة ما يقتضى صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما إذا عتق فى مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلها وهو مذكور فى هذا الباب، وقال أبوحنيفة

فيما إذا ترك مثلى قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها: تعطى مهرها وثلث الباقى يحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى فى سدسها الباقى ويبطل نكاحها، فإن خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها فى قول الجميع، لأن ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقى فى قول أصحابنا وهو قول أبى حنيفة، وقال الشافعى: لا ترث وهو مقتضى قول الخرقى، لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث وإعتبار الوصية بالموت.

فصل: ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبدًا قيمته عشرة وتزوجها بعشرة فى ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التى فى ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون، وهذا مذهب أبى حنيفة، وقال صاحباه: يحسب عليه قيمته أيضًا ويضم إلى التركة ويبقى للورثة، وقال الشافعى: لا ترث شيئًا وعليه أداء العشرة التى فى ذمته لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث، وهذا مقتضى قول الخرقى إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما إن أعتق أمته فى صحته ثم تزوجها فى مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه، فأما إن أعتقها فى مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت فى اختيار أصحابنا وقول أبى حنيفة ونقله المروذى عن أحمد كما لو كان عتقها فى صحته، وقال الشافعى: لا ترث وقد ذكرناه.

فهرس موضوعات المجلد السابع